

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VINICIUS ANASTÁCIO PEREIRA

**APONTAMENTOS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA SOB O REGIME DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

CURITIBA

2017

VINICIUS ANASTÁCIO PEREIRA

**APONTAMENTOS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA NO REGIME DO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

**Monografia apresentada à Faculdade de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal do Paraná (UFPR), como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini.

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

VINICIUS ANASTACIO PEREIRA

APONTAMENTOS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA NO REGIME DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Talamini

Orientador - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná (UFPR)

Prof. Dr. Vicente d Paula Ataíde Jr.

Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná (UFPR)

Thaís Amoroso Paschoal Lunardi

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Curitiba, 27 de novembro de 2017.

RESUMO

O texto objetiva tratar do regime da tutela provisória no código de processo civil de 2015, com maior destaque para a inovação trazida pelo citado diploma legal, a estabilização da tutela de urgência antecipada, abordando sua hipótese e condições de ocorrência, incidência sobre as outras espécies de tutela provisória, interpretação legal e, precipuamente, sua relação com a coisa julgada. O presente estudo se inicia com a análise das classificações de tutela existentes no Direito brasileiro, com destaque para a tutela definitiva e a tutela provisória, espécie esta sobre a qual o restante do exame se debruçará. Em seguida é tratado o histórico da tutela provisória dentro da processualística nacional, sua origem constitucional, recepção no antigo Código de Processo Civil de 1973 e tratamento no novel diploma processual de 2015. A partir daí serão analisadas as espécies de tutela provisória, com ênfase na tutela de urgência e, dentro desta, em sua forma antecipada antecedente, na qual será estudada sua estabilização, seus pressupostos, mecanismos de revisão e, finalmente, a relação existente entre esta inovação processual e o consolidado instituto da coisa julgada.

Palavras-chave: tutela jurisdicional; tutela provisória; tutela de urgência antecipada antecedente; estabilização da tutela antecipada antecedente;

ABSTRACT

The purpose of this study is analyse the system provisional tutelage in the Civil Procedure Code of 2015, focusing on the innovation brought about by the mentioned legal diploma, the stabilization of anticipated tutelage of urgency, approaching its hypothesis and conditions of occurrence, incidence on the others species of provisional tutelage, legal interpretation and, in particular, its relation with the claim preclusion. The present study begins with the analysis of the tutelage classifications existing in Brazilian Law, especially the definitive tutelage and the provisional tutelage, this specie is the one that the rest of the examination will focus. Then, is addressed the history of provisional tutelage inside the national procedural, its constitutional origin, it's reception in the old Code of Civil Procedure of 1973 and treatment in the new procedural diploma of 2015. From this will be analyzed the species of provisional tutelage, with emphasis on the tutelage of urgency and, within this, in its antecedent form, in which it will be studied its stabilization, its assumptions, review mechanisms, and finally, the relationship between this procedural innovation and the consolidated institute of the claim preclusion.

Keywords: judicial tutelage; tutelage of urgency antecedent; stabilization of the antecedent tutelage;

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. ESPÉCIES DE TUTELAS DO DIREITO BRASILEIRO	11
2.1. TUTELA DEFINITIVA	13
2.2. TUTELA PROVISÓRIA	14
2.2.1. A TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	18
2.2.2. A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	21
3. ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	24
3.1. TUTELA DA EVIDÊNCIA	24
3.2. TUTELA DE URGÊNCIA	25
3.2.1. DISTINÇÕES ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA ANTECIPADA E CAUTELAR	26
3.2.2. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DAS ESPÉCIES DE TUTELAS DE URGÊNCIA	27
3.2.2.1. <i>FUMUS BONI IURIS</i>	28
3.2.2.2. <i>PERICULUM IN MORA</i>	29
3.2.3. FUNGIBILIDADE ENTRE AS ESPÉCIES DE TUTELA DE URGÊNCIA	32
3.2.4. TUTELA DE URGÊNCIA EM FACE DO PODER PÚBLICO	33
4. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE	35
4.1. CONDIÇÕES PARA A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	37
4.1.1. INTERPRETAÇÃO DO ART. 304, CAPUT, CPC/15, E ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIAS CAPAZES DE ESTABILIZAÇÃO	39
4.1.2. PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR PELA ESTABILIZAÇÃO	42
4.1.3. DECISÃO QUE CONCEDE A TUTELA ANTECIPADA	43
4.1.3.1. CONCESSÃO INAUDITA ALTERA PARTE	45
4.1.4. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA	46
4.1.4.1. INÍCIO DO PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DO RÉU	49
4.2. MECANISMOS E PRAZO PARA REVISÃO	51
4.3. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E COISA JULGADA	52
5. CONCLUSÃO	56

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICASErro! Indicador não definido.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as inovações trazidas pelo novo código processual, está a estabilização da tutela de urgência antecipada de caráter antecedente. Uma vez requerida e concedida a tutela de urgência antecipada, é conferida ao réu a chance de apresentar impugnação, e será o autor intimado a realizar o aditamento da petição inicial, ou seja, a complementar sua argumentação, juntar documentos que repute necessários à instrução do feito e confirmar o pedido da tutela final pretendida. Se contra a tutela antecipada antecedente, concedida *inaudita altera parte*, não for apresentada impugnação, estará ela estabilizada, sendo o processo declarado extinto (art. 304, CPC/15).¹

Neste novo instituto repousam questões ainda a serem tratadas pelos estudiosos do Direito Processual Civil brasileiro. Inúmeras são as situações onde impasses e dúvidas dividem o entendimento dos doutrinadores, e o presente estudo é dedicado para tanto, observar e elencar as ponderações feitas pelos mais brilhantes processualistas nacionais, suas divergências entendimentos comuns.

Para tanto, o estudo ora proposto se inicia estabelecendo seu marco teórico basilar, o que é a tutela de direito, sua definição, finalidade, concessão, proteção e garantias de eficiência e eficácia. Dentre as inúmeras classificações dadas à tutela de direito, duas – sem demérito às demais – demandam destaque, a tutela definitiva e a tutela provisória. A primeira é analisada para contrapor a segunda, na qual repousa o verdadeiro objeto desta reflexão, a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente e sua estabilização.

O instituto da tutela antecipada pode ser considerado relativamente novo na sistemática processualista brasileira. Isso porque foi inserida no antigo Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) decorridos mais de vinte anos após sua promulgação, através de reforma processual promovida pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994.²

¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 674.

²WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Volume 1. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.453.

Essa introdução tardia se explica pelo motivo de que a tutela antecipada possui fortes contornos constitucionais. Em verdade, suas origens são nitidamente constitucionais, pois a promulgação da Constituição Federal de 1988, que dentre seus princípios está o da inafastabilidade do controle judiciário, representou o primeiro passo para o desenvolvimento do instituto em análise.³

No intuito de garantir uma proteção judicial rápida e efetiva, e diante da notória morosidade que acomete os mecanismos judiciais convencionais⁴, foi então recepcionada no ordenamento brasileiro a tutela antecipada, que se tornou tão logo objeto de intenso estudo e debate entre os doutrinadores e largamente utilizada pelos operadores do Direito.

Não obstante a demorada inserção na prática processualista brasileira, a tutela antecipada somente ganharia nova abordagem passadas outras duas décadas. O novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – vigorando tão somente a partir de 18 de março de 2016 – representou, simultânea e a paradoxalmente, ponto de ruptura e continuidade em muitos dos institutos processuais pátrios.⁵

Reformulada pela nova lei processual, a tutela antecipada tornou-se espécie dentro do gênero agora denominado Tutela Provisória, que compreende a tutela de urgência – na qual se enquadra a tutela antecipada – e a de evidência.

Não se supõe, entretanto, que a alteração de denominação de tal ferramenta importantíssima dentro da processualística civil foi a única mudança operada pelo novel diploma processual. Tal como há época de sua instituição (sob o nome de tutela antecipada), a Tutela Provisória traz novos desafios, tanto práticos quanto teóricos, a serem superados pelos doutrinadores e aqueles que dela se valerão.

Após reflexão sobre o percurso da tutela provisória, desde a inserção da tutela antecipada no antigo código processual de 1973 até a reforma promovida por seu sucessor, serão esgotadas as espécies de tutela provisória, com destaque para a tutela de urgência – subdividida em tutela antecipada e cautelar - que tem por pressupostos para concessão a probabilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*)

³WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). Volume 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.447.

⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55-56.

⁵CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. **Tutelas de urgência satisfativas autônomas**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 39, v. 227, p. 141-168, jan. 2014.

ou risco de dano ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), como se infere no art. 300, *caput*, do CPC/15.⁶

Aprofundando-se na reflexão, após a tratativa da espécie da tutela de urgência antecipada, será finalmente abordada a estabilização da tutela antecipada, sobre a qual há de se indagar quais seriam suas implicações práticas, dentre outros questionamentos, como por exemplo, a interpretação ideal do art. 304, *caput*, do CPC/15, que a prevê, os requisitos indispensáveis para que ocorra, os limites aos quais ela responde, sua natureza jurídica, a possibilidade de revisão, reforma ou mesmo invalidação da decisão que concedeu a tutela antecipada ora estabilizada e, por fim, entrando agora em um campo puramente teórico, qual sua proximidade com a coisa julgada, uma vez que semelhantes em termos práticos, mas díspares tecnicamente.

⁶RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; WAMBIER, Luís Rodrigues (coord.); ALVIM, Teresa Arruda (coord.); **Temas essenciais do novo CPC**: Análises das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. De acordo com a lei 13.256/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 181.

2. ESPÉCIES DE TUTELAS DO DIREITO BRASILEIRO

Para a tratativa de assunto tão importante dentro da sistemática processual civil brasileira, é necessário primeiro uma, ainda que breve, análise sobre o que é a tutela de um direito, sua definição, função e espécies.

A tutela confunde-se com os princípios basilares do próprio direito processual. Ao acionar o Poder Judiciário, a parte litigante pretende obter dele uma prestação jurisdicional. Conforme leciona Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, a prestação jurisdicional se resume no serviço despendido pelo Poder Judiciário através da instrumentalidade do processo, meio para a solução do litígio trazido pela parte ao conhecimento jurisdicionado.⁷

Por sua definição, é facilmente imaginável que a prestação jurisdicional está intimamente ligada à tutela jurisdicional. Prestação e tutela, porém, não se confundem. A tutela jurisdicional é a efetiva proteção e satisfação de um direito. Perceba-se que a tutela jurisdicional é, em última análise, a concretização do direito material pleiteado, a própria obtenção do bem da vida.⁸

Prevista na Constituição Federal de 1988 (CF), art. 5º, inciso XXXV⁹, a tutela jurisdicional é revestida de inafastabilidade, o que equivale a dizer que é assegurado a todo cidadão o direito de que toda e qualquer situação de conflito – que necessariamente suscite ameaça ou lesão a direitos – poderá ser submetida ao controle jurisdicional, havendo nele importe econômico ou não.¹⁰

À luz do antigo Código de Processo Civil de 1973, a doutrina usualmente apontava a existência de três formas de tutela, que seriam: de conhecimento, executiva e cautelar. Tal classificação, entretanto, se associa mais ao pedido imediato – a prestação jurisdicional – do que à tutela jurisdicional, ou ao pedido mediato. Perceba-se as notas do revogado diploma na forma como as espécies de

⁷RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e de evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 72.

⁸*Ibidem*.

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁰ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional. *Op.cit.*, p.447.

tutela eram classificadas, exatamente como a disciplina de seus livros I, II e III (processos de conhecimento, de execução e cautelar, respectivamente).¹¹

Igualmente relevante é a proposição que William dos Santos Ferreira (2000, *apud* RIBEIRO, 2016) formula para a matéria das tutelas. Segundo o doutrinador, há a tutela *lato sensu* e *stricto sensu*. A primeira, de caráter geral, seria entendida como a satisfação do direito material do litigante vencedor ao fim do processo. Por sua vez, a tutela entendida de modo estrito diz respeito diretamente aos meios através dos quais o sistema processual opta para assegurar a entrega do bem da vida àquele que se provar revestido de razão.¹²

Também merecedora de destaque é a classificação proposta por Luiz Guilherme Marinoni que também reconhece a correlação entre tutela e direito material. O mestre – com base nos resultados práticos obtidos pelo processo ao perseguir o direito material – classificou a tutela enquanto *inibitória*, *reintegratória* ou *ressarcitória*.¹³

Será inibitória a tutela que se pretende “*evitar a ocorrência de um ato contrário ao direito ou impedir sua continuação*”. Entende-se por tutela reintegratória aquela que tem por objetivo retirar obstáculo ilícito, ou ainda impedir sua repetição ou continuação. Finalmente, mas não menos importante, a tutela ressarcitória, que é utilizada para a reparação de mal já consumado, seja por através de compensação monetária ou reposição em espécie daquilo que se prejudicou.¹⁴

Distanciando-se da classificação baseada no provimento jurisdicional pretendido, a tutela pode também ser categorizada a partir da técnica processual na qual se baseia. De tal pressuposto se classificam as tutelas ditas comum e diferenciada.¹⁵

Por tutela comum atende “*aquela que não apresenta especificidades e justamente por isso é adotada para a generalidade dos casos*”, conforme Ribeiro¹⁶.

¹¹Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 73.

¹² FERREIRA, William dos Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 69-72.

¹³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela de direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 38-47.

¹⁴DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.v. 2. p. 611-12.

¹⁵Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 75.

¹⁶*Ibidem*.

Por sua vez, João Batista Lopes entende por tutela diferenciada toda aquela que, em respeito aos princípios processuais, represente o conjunto de técnicas e modelos capazes e de fazer com que o processo opere de maneira eficaz e imediata, a garantir e proteger adequadamente o direito que se pretende assistir, sempre em vista das peculiaridades do caso concreto.¹⁷

2.1. TUTELA DEFINITIVA

Não obstante o brilhantismo e precisão das classificações anteriormente expostas, uma última merece e exige maior atenção: o destacamento das tutelas enquanto definitivas ou provisórias.

Aqui o elemento de diferenciação pode ser facilmente percebido, o que não significa que uma análise apurada seja dispensável. A tutela definitiva é a própria força motriz da ação, pois é ela que se busca ao fim da demanda, e é obtida através do processamento comum do feito, ou seja, por meio da manifestação de ambas as partes, da produção de provas, enfim, da cognição exauriente por parte do magistrado, que ao final se pronunciará julgando procedente ou improcedente o pedido formulado. Em suma, a tutela definitiva se dá através da sentença, tal como posto por Eliana Calmon Alves.¹⁸

Sobre a natureza exauriente da tutela definitiva, Marinoni demonstra que:

A tutela é exauriente quando é prestada mediante um procedimento em que ambas as partes foram ouvidas - ou, pelo menos, tiveram a oportunidade de ser ouvidas e em que a decisão se encontra fundada em um quadro probatório completo - ou, pelo menos, em um quadro probatório tão completo quanto admitido pela natureza do procedimento. As sentenças que julgam procedente ou improcedente os pedidos formulados pelas partes no procedimento comum são exemplos clássicos de decisões fundadas em cognição exauriente (arts. 485 e ss.). A tutela fundada em cognição exauriente é uma tutela definitiva e é idônea à formação da coisa julgada.¹⁹

¹⁷ LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**: Parte geral. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1. p. 22.

¹⁸ ALVES, Eliana Calmon. **Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v.11, n. 2, p. 159-168, jul./dez. 1999. Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/informativo/article/view/347/309>. Acesso em: 22 e outubro de 2017.

¹⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 47-48.

Fredie Didier Júnior corrobora com as lições acima transcritas, e vai além. O doutrinador baiano observa que a tutela definitiva pode ser *satisfativa* ou *cautelar*.²⁰

A tutela satisfativa (também denominada tutela-padrão) objetiva “*certificar e/ou efetivar o direito material*”. Assim, a tutela padrão satisfaz o direito material permitindo a fruição do bem da vida querido. Nitidamente o conceito de tutela satisfativa se aproxima à definição da tutela *lato sensu*. Didier, no entanto, avança identificando dois tipos tutela satisfativa: de certificação e de efetivação de direitos²¹. A tutela satisfativa de certificação de direitos compreende as tutelas declaratória, constitutiva e condenatória. A tutela satisfativa de efetivação de direitos é representada apenas pela tutela executiva, compreendida, porém, em sua definição mais abrangente.²²

Didier classifica, ainda, a *tutela definitiva não-satisfativa*, a tutela cautelar. De caráter assecuratório, a tutela cautelar não pretende satisfazer o direito, mas tão somente conservá-lo para uma futura satisfação, o preservando dos efeitos negativos que a morosidade e a passagem do tempo podem exercer.²³

Após esta breve exposição de considerações é possível concluir que a tutela definitiva é a ferramenta jurídica desenvolvida para que o almejado bem da vida seja enfim disponibilizado ao possuidor do direito material. A tutela definitiva fornece segurança jurídica e dela se reveste ao fazer coisa julgada, se da decisão que a concede não mais cabem recursos.²⁴

2.2. TUTELA PROVISÓRIA

A sociedade atual é caracterizada pela intensa velocidade com que suas interações se dão. Nos mais diversos aspectos da vida social tudo se faz e se consome rapidamente, sejam as informações, relações interpessoais ou de cunho econômico.²⁵

²⁰Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 576.

²¹*Ibidem*.

²²Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.*, p. 181.

²³Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 576.

²⁴Cf. ALVES, Eliana Calmon. *Op. cit.*, p. 159-168.

²⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55-56.

Por óbvio inseridas no meio social, as relações jurídicas sofrem influência das demandas crescentes de agilidade e celeridade, ou mais precisamente, padecem de sua falta. A complexa máquina judiciária tende a sofrer uma morosidade que pode representar um risco à tutela pretendida; “*uma prestação jurisdicional tardia de nada ou pouco adianta àquele que busca a tutela jurisdicional*”, como acertadamente pontua Ribeiro.²⁶

Ainda que numerosos e engenhosos, os mecanismos jurisdicionais se mostram demasiadamente morosos, representando verdadeiro risco ao resultado útil do processo e à tutela pretendida pela parte.²⁷

A demora na concessão da tutela jurisdicional não afeta somente a parte que dela anseia. O próprio Poder Judiciário se encontra desacreditado, e aqueles que vislumbram a necessidade de a ele recorrer se blindam, compreensivelmente, com alternativas para evitar a judicialização de seus conflitos. Exemplo disto são os contratantes que estipulam cláusula arbitral, no intuito de resolver virtual impasse por meio alternativo de solução de litígio, que seja por exemplo a arbitragem. Outro paradigma é o da instituição financeira que para a concessão de empréstimo exige inúmeras garantias, a fim de minimizar os riscos de uma eventual ação de cobrança ou execução.²⁸

Processos judiciais que se prolongam por anos causam efeitos nocivos diversos, como o já referido descrédito na Justiça e a noção de que o cumprimento da lei é supérfluo diante do sentimento de impunidade daqueles que a transgridem. Outra consequência maléfica, esta que agride diretamente o princípio da inafastabilidade e acesso à Justiça, é de que somente indivíduos abastados são capazes de suportar os encargos que um processo moroso e prolongado demanda. Aqueles menos favorecidos de condições materiais não podem arcar com as custas de um processo sem que isso implique prejuízo ao sustento próprio e de sua família.²⁹

Vê-se que a excessiva morosidade do processo e a demora na resolução do conflito gera danos por vezes irreversíveis. Como explana Cândido Rangel

²⁶Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.*, p. 181.

²⁷Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo. *Op. cit.*, p.453.

²⁸*Ibidem*.

²⁹WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. Ed. Campinas: Brookseller, 2000, p. 142-143.

Dinamarca, a prolongada passagem do tempo prejudica o resultado útil do processo de diversos modos, a destacar três: (i) a demanda provida após a consumação do mal que se pretendia evitar, não restando nada a ser feito; (ii) a tutela jurisdicional concedida após longa espera e grande sacrifício do demandante; (iii) o processo no qual durante sua longa tramitação se esvaem meios externos imprescindíveis a seu resultado útil.³⁰

É preciso, contudo, destacar que a passagem do tempo no processo é conquista da sociedade; um ônus que se mostra necessário para a obtenção de decisões justas e irreversíveis. O respeito e cumprimento do devido processo legal exige razoável passagem de tempo, para que enfim haja segurança jurídica. A contínua luta pela celeridade nos processos pode ser diametralmente oposta a outro princípio basilar do processo civil, a segurança jurídica. Do mesmo modo que processos morosos geram provimentos ineficazes, decisões extremamente céleres podem representar injustiças irremediáveis. O processo demanda tempo para amadurecer e para que sejam respeitadas garantias indispensáveis ao requerido, como a ampla defesa e o contraditório.³¹

Em atenção a este cenário e ciente da lentidão preocupante do sistema judiciário pátrio e da urgente necessidade de adequá-lo à realidade social, o operador do Direito brasileiro buscou dinamizar os mecanismos jurídicos disponíveis, sem que isso representasse uma afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Em respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle judiciário, e dos direitos a uma prestação jurisdicional eficaz e efetiva – extraídos do já referido art. 5º, XXXV da CF -, foi introduzido no Código de Processo Civil de 1973, o instituto da tutela antecipada³² como resposta às necessidades práticas daqueles que recorrem à tutela do Estado para terem seus direitos assistidos foi desenvolvida a tutela provisória, que representou significativo avanço no processo civil nacional.³³

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 56-57.

³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Reflexos do tempo no direito processual civil**. Revista de Processo. vol. 153. São Paul: Ed. Revista dos Tribunais, nov. 2007, p. 115.

³² Inovação trazida pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

³³ ALVES, Eliana Calmon. Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v.11, n. 2, p. 159-168, jul./dez. 1999. Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/informativo/article/view/347/309> Acesso em: 22 e outubro de 2017.

A tutela antecipada (agora denominada provisória) ganhou nova roupagem no Código de Processo Civil de 2015, mas preservou características que possibilitam ainda hoje seu discernimento em relação à tutela definitiva. Para além daquelas já brevemente citadas anteriormente, destacam-se como sinais de diferenciação da tutela provisória seu intuito de garantir a efetividade e eficácia da prestação jurisdicional pretendida, seja por restar demonstrada a ameaça de risco ou lesão ao direito ou que haja convencimento de verossimilhança do direito alegado.³⁴

É por meio da tutela provisória que passa a ser possível uma proteção jurisdicional propícia, efetiva e eficiente, pois é através da obtenção de resultados concretos que o Estado garante sua contrapartida em relação a proibição de que os particulares pratiquem a autotutela, como bem afirmam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini.³⁵

Através da tutela provisória é permitido ao juiz proferir decisão sem antes esgotar toda a verdade que envolve o caso concreto, ato antes impensável dentro da inteligência do processo de conhecimento. É por meio, então, de cognição sumária (superficial) que o julgador irá proferir decisão inicial, bastando para ele a presença de razoável impressão de razão sustentando o autor, ainda que não haja neste momento certeza absoluta tal como ocorre após cognição exauriente.³⁶

Igualmente necessária para a antecipação da tutela é a presença de risco iminente de dano irreparável ou de difícil reparação potencialmente prejudicial ao resultado útil do processo, de maneira que uma decisão tardia seja ineficaz.³⁷

Note-se, pois, que a tutela provisória se funda em cognição sumária, antecedente à oitiva das partes, por vezes antes mesmo da citação do réu, sendo baseada na ameaça ou risco de dano irreversível ou de difícil reparação ou no convencimento de verossimilhança, requisitos estes cristalizados nos brocardos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, respectivamente.³⁸

Não há o que se falar, neste momento, em coisa julgada produzida por decisão que defere a tutela provisória, isto porque é ela baseada em cognição sumária,

³⁴ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p.453.

³⁵ *Idem*, p. 454.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35-36.

³⁸ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p.455.

faticamente reversível e possui eficácia limitada e sujeita a confirmação ou revogação através de posterior decisão de mérito.³⁹

A tutela provisória é, então, definida pelas características da: (i) sumariedade da cognição, em vista de que a decisão que a concede se baseia em *juízo de probabilidade*, onde o julgador se vale de exame perfunctório do litígio; (ii) precariedade, pois o provimento dado poderá ser alterado ou revogado através de nova demanda proposta por parte interessada, ainda que conserve indeterminadamente sua eficácia; (iii) ausência de coisa julgada, já que por suas características anteriores, a destacar a cognição sumária, a tutela provisória não produz coisa julgada, seja ela formal ou material.⁴⁰

Em breve síntese sobre os aspectos que diferenciam as espécies de tutela, a tutela definitiva se funda em cognição exauriente, através do juízo exaustivo do magistrado, o que garante segurança jurídica, sendo ainda autônoma e capaz de fazer coisa julgada. A tutela provisória, por sua vez, se baseia em cognição sumária, buscando a efetividade da prestação jurisdicional diante de risco ou ameaça ao direito ou convencimento de verossimilhança, sendo ainda vinculada a decisão posterior, passível de ser mantida ou revogada.⁴¹

São estas, portanto, as diferenças primordiais entre a tutela definitiva e a tutela provisória.

Vencida esta primeira diferenciação quanto tutela definitiva e provisória, com maior e óbvio destaque para esta última, se mostra necessário trilhar um breve retrospecto da tutela provisória no Direito brasileiro, afim de compreender mais profundamente sua origem, natureza e finalidade.

2.2.1. A TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Por ser instituto já firmemente cristalizado na prática forense brasileira, a tutela antecipada pode, à primeira vista, parecer que foi introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro pela redação original do Código de Processo de 1973. Contudo,

³⁹Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p.455.

⁴⁰Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 582.

⁴¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada**. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista dos Tribunais*. vol. 157. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, mar. 2008. p. 129-146.

em verdade, a antecipação de tutela se tornou realidade somente mais de vinte anos após o início da vigência do referido diploma legal, através de reforma promovida pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

O desenvolvimento da antecipação de tutela no direito processual nacional foi longo e permeado de acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Tanto os tribunais quanto os estudiosos do processo civil viam com maus olhos a possibilidade de concessão de tutela satisfativa por meio da técnica de tutela cautelar, a exemplo de Humberto Theodoro Júnior (1976, *apud* MARINONI, 2017) que entendia ser incabível que uma medida cautelar excedesse seus limites enquanto ato provisório, extrapolando sua função de “*garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa*”. As turmas dos tribunais partilhavam do mesmo entendimento, não concedendo nenhum pedido de medida cautelar que fosse capaz de satisfazer o pleito do requerente e causar perda de objeto da ação principal.⁴²

Na ausência de mecanismos processuais capazes de permitir a antecipação da tutela, os operadores do direito lançavam mão de técnica cautelar para alcançar a tutela satisfativa através de cognição sumária à revelia do posicionamento defendido tanto pela Doutrina quanto pela Jurisprudência.⁴³

Para além do já mencionado cenário de morosidade da Justiça e necessidade de procedimentos mais céleres e eficazes, o legislador foi levado a introduzir no ordenamento processual a antecipação de tutela devido a não admissão por parte dos tribunais e da doutrina da concessão de tutela antecipada por meio de medidas cautelares.⁴⁴

Para a análise das tutelas de urgência à luz do revogado diploma processualista de 1973, é necessário analisar, e disto não se escapa, seu art. 273, que albergava a disciplina da antecipação de tutela, dispondo que: “*o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação*”.⁴⁵

⁴²THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, São Paulo: LEUD, 1976, p. 108.

⁴³MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 65.

⁴⁴*Idem*, p. 66.

⁴⁵ASSIS, Carlos Augusto de. **A antecipação da tutela (à luz da garantia constitucional do devido processo legal)**. São Paulo. Ed. Malheiros, 2001.

O antigo Código Buzaid não fazia maiores distinções quanto às espécies de antecipação de tutela, bastando somente a diferenciação entre tutelas antecipadas e cautelares.⁴⁶

Quanto à possibilidade de tutelas de urgência dentro do regime do CPC/73, é preciso se atentar ao inciso I do art. 273, onde se dizia que a tutela poderia ser antecipadamente concedida desde que houvesse “*fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*”. O inciso II tratava da possibilidade da concessão da tutela antecipada se no caso concreto ficasse “*caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*”, e havia ainda uma terceira possibilidade, que se extraía do §6º do referido artigo, segundo o qual a tutela seria deferida se, em caso de pedidos cumulados, restassem incontroversos um ou mais deles.⁴⁷

O que se extrai deste enunciado é que a tutela de urgência tem por fundamento a ameaça ou risco na demora da prestação jurisdicional, ou seja, a possibilidade de, havendo demora na decisão final, restar prejudicada a tutela jurisdicional pretendida. De acordo com Wambier e Talamini:

Então, e de acordo com o texto legal, tanto no caso de aplicação do inciso I, quanto na hipótese do inc. II, deverá a parte requerente apresentar “prova inequívoca” apta à formação de um juízo de verossimilhança (isso é, de razoável probabilidade, plausibilidade) das alegações que faz.⁴⁸

O que se deve precipuamente notar é que o antigo código não dava tratamento especializado para a disciplina da antecipação de tutela, de modo que abarcou todas suas modalidades em um único artigo, cabendo ao novo código estabelecer parâmetros e limites melhor desenhados, oriundos de discussões propostas há tempos por renomados processualistas, como por exemplo Humberto Teodoro Júnior:

Outrossim, diante da duplicidade de regime normativo instituído oficialmente, em matéria de tutela de urgência, não se me afigura correto insistir em identificar todas as medidas liminares de antecipação de tutela, previstas no Código ou em leis extravagantes, como as medidas próprias do processo cautelar.

⁴⁶Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.*, p. 178.

⁴⁷*Ibidem*.

⁴⁸Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p.454.

É certo que todas elas pertencem ao gênero comum da tutela de urgência. Sendo, no entanto, diversos os requisitos de seu deferimento e diversos o terreno sobre que atua cada tipo dessas medidas, não me parece conveniente que sua análise doutrinária e científica seja feita em comum, como se se tratasse de providências de uma única natureza.⁴⁹

Assim, o instituto da tutela antecipada, dentro da sistemática do CPC/73, significou grande e necessário avanço no direito processual brasileiro – ainda que há época de sua adoção o legislador não tenha se cercado de maiores cuidados na tratativa de matéria que se mostra tão rica e de extrema valia para os operadores do direito e àqueles que recorrem ao Poder Judiciário hoje.

2.2.2. A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 deu novo tratamento ao instituto tutela provisória, sendo uma das matérias que mais sofreu alterações com a promulgação do novo diploma legal.

A primeira mudança, e mais óbvia, que se operou foi a alteração da denominação, passando agora o instituto a ser conhecido como tutela provisória – antes tutela antecipada - gênero maior que abarca diferentes espécies que serão a seguir melhor comentadas.⁵⁰

Conforme Ribeiro⁵¹, a tutela provisória compreende as tutelas de evidência e urgência, que por sua vez desdobra-se nas espécies antecipada e cautelar, por ora apenas mencionadas, mas que serão melhor estudadas futuramente. No momento se faz necessário apenas esta breve síntese do novo arranjo da matéria desenhado pelo legislador.

Dos artigos 294 a 311 é disciplinada a tutela provisória, que, como já dito, se funda mediante urgência ou evidência. A tutela conferida em urgência, a seu tempo, se especializa nas tutelas antecipada e cautelar, sendo que ambas podem ser

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto.; **As liminares e a tutela de urgência**. Rio de Janeiro: Emerj, v. 5, n.17, 2002. Disponível em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_24.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

⁵⁰Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.*, p. 179.

⁵¹*Ibidem*.

concedidas em caráter antecedente ou incidental, conforme art. 294, parágrafo único.⁵²

A tutela de urgência se funda mediante “*elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*”, como se infere no art. 300, CPC/15. Quanto às duas espécies da tutela de urgência, sejam elas antecipada e cautelar, sua diferenciação é pragmática, podendo ser resumida da seguinte forma: será satisfativa (antecipada) a tutela que pretende precipitar à parte os efeitos desejados, e, cautelar será a tutela que retira ameaça ou risco de dano ao resultado útil do processo.⁵³

Nesta mesma esteira, Didier bem expõe que a tutela de urgência se dispõe a minimizar os males decorrente da passagem de tempo necessária ao processo para que se alcance a tutela definitiva – que muitas vezes coloca em xeque sua efetividade.⁵⁴

Sobre a tutela provisória cautelar, se destaca que anteriormente esta era espécie autônoma, e, por opção, o legislador processual a incluiu enquanto espécie da tutela provisória. Pois bem, o que caracteriza a tutela cautelar é que ela será concedida no intuito de “*afastar risco e assegurar o resultado útil do processo*”, ou ainda na tentativa de garanti-lo.⁵⁵

Tratadas, ainda que com brevidade, as duas espécies de tutela de urgência, insta agora fazer referência às suas duas possíveis naturezas, antecedente ou incidental.

É singela, também, a distinção entre o caráter antecedente ou incidental que a tutela de urgência pode ter. Veja-se: será antecedente quando formulada no momento da propositura da ação, devendo ser aditada (complementada a petição inicial), no prazo de quinze dias – ou em prazo superior, se assim determinado pelo juiz – contados a partir da concessão (art. 303, §1º, I) se tutela antecipada, ou em trinta dias, sob risco de cassação de seus efeitos, se cautelar (art. 308); incidental

⁵²SILVA, João Paulo Hecker da. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência nos processos societários**. Tese de doutoramento defendida em 202, USP, p. 147.

⁵³Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional. *Op. cit.*, p.448.

⁵⁴Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 587.

⁵⁵Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional. *Op. cit.*, p.448.

será a tutela de urgência requerida durante o processamento do feito, sendo dispensado o recolhimento de novas custas, conforme apregoa o art. 295, CPC/15.⁵⁶

A tutela de evidência se faz necessária quando, não obstante a inexistência de risco ou dano ao resultado útil do processo, restarem provadas as hipóteses dos incisos do art. 311, dentre os quais a caracterização do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; se as alegações de fato sejam passíveis de comprovação por meio exclusivamente documental, ou há jurisprudência pacificada, condensada em súmula vinculante ou julgados repetitivos; se tratar de ação reipersecutória, devendo haver prova documental satisfatória; e, por fim, se a demanda for satisfatoriamente instruída através de provas documentais, sobre as quais o requerido não seja capaz de gerar dúvida em contrário.⁵⁷

Por fim, a maior inovação trazida pelo novo código processual foi a possibilidade de estabilização da tutela provisória. É preciso fazer a ressalva de que a letra da lei apenas confere tal possibilidade para a chamada tutela de urgência antecipada antecedente, mas há forte discussão doutrinária sobre o limite da interpretação literal da lei e avanço de tal oportunidade para outras espécies de tutela provisória que, necessariamente, possam admiti-la.⁵⁸

A estabilização da tutela de urgência antecipada é prevista no art. 304, e se opera diante da inércia do réu em apresentar o recurso cabível perante a decisão que concede a tutela. Estabilizada a tutela, extingue-se o processo (§1º), e a parte que desejar revisar, revogar ou invalidar a tutela possui o prazo decadencial de dois anos para propor ação própria com tais finalidades, de acordo com o §5º do referido artigo.⁵⁹

Não obstante sua estabilização, a tutela provisória não possui força de gerar coisa julgada material, seja por sua formação a partir de cognição sumária, seja por força de dispositivo legal – art. 304, §6º.⁶⁰

⁵⁶ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional. *Op. cit.*, p. 448-450.

⁵⁷ SOUZA, Artur César de. **Análise da tutela antecipada prevista no Relatório Final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC**; da tutela de evidência e da tutela satisfativa última parte. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 39, v. 235, set. 2014.

⁵⁸ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.*, p. 180.

⁵⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 214.

⁶⁰ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.*, p. 180.

3. ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como mencionado anteriormente, o novo diploma se encarregou de dar tratamento diferenciado para as hipóteses capazes de ensejar o adiantamento do provimento jurisdicional almejado pelo autor. Se o pedido se funda em probabilidade do direito e se encontra em perigo de risco e dano ao seu resultado útil, está se falando de tutela de urgência⁶¹. Se, por outro lado, se fala na antecipação dos efeitos da tutela ante abuso de direito da parte contrária ou de comportamento dirigido a retardar o processo, configura-se então a chamada tutela de evidência, com suas hipóteses devidamente previstas em lei.⁶²

3.1. TUTELA DA EVIDÊNCIA

Data vênia à forma como o legislador pátrio disponibilizou o arranjo das tutelas provisórias no Código de Processo Civil, onde os dispositivos que tratam da tutela de urgência se encontram anteriores em relação àqueles que se dedicam à tutela de evidência, para esta reflexão acerca da tutela provisória, se mostra necessário tecermos breves comentários acerca da tutela de evidência antes da tratativa principal, que diz respeito à tutela de urgência antecipada e sua estabilização.

No antigo código de processo civil, à tutela antecipada era dispensado tratamento pouco especificado, sendo ela prevista com brevidade em artigos independentes. Diferente de seu predecessor, o novo código processual deu tratamento detalhado à tutela de urgência, e concentrou a matéria da tutela de evidência em duas novas possibilidades de aplicação, sem se olvidar, contudo, das previsões legais já existentes.⁶³

A tutela de evidência se diferencia da tutela de urgência ao dispensar os requisitos de “*perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*”, se baseando em quatro hipóteses previstas pelo art. 311, CPC/15.

⁶¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. *Op. cit.*, p 643.

⁶² Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 630.

⁶³Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 211.

Como brevemente mencionado anteriormente, as hipóteses de concessão da tutela de evidência são (em respeito à ordem dos incisos): no caso de “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”; se *“as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”*; se, por ventura, *“se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”*; ou *“se a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”*.⁶⁴

Esta tutela se baseia, tão somente, na grande possibilidade de existência do direito suscitado pela parte, constatação esta formulada através de fatos e provas contundentes que possuem o condão de convencimento necessário.⁶⁵

Em uma breve, porém acertadíssima e elucidativa definição sobre a tutela de evidência, Leonardo Ferres Da Silva Ribeiro pontua:

Há situações em que o direito invocado pela parte se revela com grande probabilidade tão elevado, que se torna ‘evidente’. Nessas hipóteses, não se conceber um tratamento diferenciado, pode ser considerado como uma espécie de denegação de justiça, pois, certamente, haverá o sacrifício do autor diante do tempo do processo.⁶⁶

É necessário destacar que, independentemente de seu caráter antecipatório, a tutela de evidência funda-se em cognição sumária – como toda espécie de tutela provisória. Não se trata, portanto, de julgamento antecipado de mérito, pois está ela sujeita a revogação ou confirmação através de pronunciamento ulterior.⁶⁷

3.2. TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência, prevista a partir do art. 300, CPC/15, funda-se em probabilidade do direito suscitado e perigo de dano ou risco ao resultado útil do

⁶⁴Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional. *Op. cit.*, p.466-467.

⁶⁵YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. **As questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência**. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et. al.* (coords.) Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/15. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 457.

⁶⁶Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op. cit.*, p. 211.

⁶⁷*Idem*, p. 213.

processo. Foi de longe a espécie mais obteve atenção do legislador, que a dividiu em duas categorias para seu requerimento: na forma antecipada ou cautelar.

3.2.1. DISTINÇÕES ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA ANTECIPADA E CAUTELAR

Como já demonstrado anteriormente, a tutela de urgência no CPC/15 é espécie do gênero tutela provisória, e se subdivide em tutela de urgência antecipada e tutela de urgência cautelar. É possível dizer, portanto, que ambas possuem o mesmo arcabouço, qual seja a existência do *periculum in mora* ou do *fumus boni iuris*, o que significa dizer que a tutela de urgência será concedida “*quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”, como previsto pelo art. 300, CPC/15.⁶⁸

Conforme demonstra Didier, o art. 300 do novel diploma processual superou, enfim, e unificou os requisitos exigidos para a concessão da tutela de urgência, bastando para suas duas modalidades a demonstração de probabilidade do direito e o risco na demora.⁶⁹

Ainda que fundadas nas mesmas hipóteses, há, por óbvio, elemento de diferenciação entre as duas espécies de tutela de urgência, pois se não o houvesse, de nada adiantaria tratá-las separadamente.

A tutela provisória satisfativa (antecipada) permite a fruição, desde a decisão que a confere, do bem da vida pretendido, ou de seus efeitos. É sabido que será futuramente revogada ou confirmada por decisão definitiva, com maiores chances para sua confirmação devido à probabilidade do direito que lhe é elemento indispensável.⁷⁰

A seu turno, a tutela provisória cautelar tem por objetivo proteger, conservar, o estado das coisas, para que com isso se evite a ineficácia do próprio processo e consequente resultado vindouro desprovido de eficácia. Destaca-se que não há

⁶⁸ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.*, p. 181.

⁶⁹ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 607.

⁷⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutela de evidência o Projeto de novo CPC**: uma análise de seus pressupostos. O futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao projeto de novo CPC. Belo Horizonte, 2011, p. 16.

fruição de bem da vida e de nenhum de seus efeitos; protege-se somente para garantir sua futura satisfação, tendo caráter primordialmente conservativo.⁷¹

A diferença que se verifica é, tão somente, que serão antecipadas (ou satisfativas) as medidas através das quais se busca adiantar os efeitos, totalmente ou em parte, pretendidos pela parte requerente; por sua vez, a tutela de urgência de natureza cautelar tem por objetivo primordial assegurar determinado estado das coisas e dele afastar riscos passíveis de prejudicar o resultado útil do processo.⁷²

É esta, portanto, a distinção entre as tutelas de urgência antecipada e cautelar, sendo a primeira utilizada para a fruição antecipada daquilo que o requerente pretende ver tutelado, e a última viabiliza a conservação do próprio bem da vida para que, em momento posterior, seja a tutela jurisdicional concedida.

3.2.2. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DAS ESPÉCIES DE TUTELAS DE URGÊNCIA

Como visto anteriormente, as técnicas aplicadas pelas duas espécies de tutela de urgência são diferentes. Enquanto a tutela antecipada fundada em urgência opera através da satisfação prévia da tutela querida, garantindo a imediata fruição do bem da vida, a tutela de urgência cautelar se dará por método conservativo, preservando situação com a finalidade de que seja garantida a tutela a ser alcançada em momento posterior.⁷³

Prevista pelo art. 300, a tutela de urgência, e suas espécies, será concedida quando *“houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”*. Neste enunciado estão cristalizados princípios – já mencionados -, do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, nesta ordem.⁷⁴

Houve, pois, superação da distinção existente no regime do Código de Processo Civil de 1973 para que fosse concedida a tutela cautelar e a tutela de

⁷¹Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.* p. 180.

⁷²Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional. *Op. cit.*, p.448.

⁷³Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.*, p. 192.

⁷⁴Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 608-609.

urgência satisfativa, sendo requisitos para ambas a existência de probabilidade do direito e perigo na demora.⁷⁵

É possível afirmar, então, que os requisitos para a concessão da tutela de urgência, são comuns entre as formas antecedente e cautelar, não havendo qualquer diferenciação entre elas neste aspecto. A lição de Ribeiro é exemplar:

Quanto aos requisitos para sua concessão tanto uma quanto outra exigem *fumus boni iuris* e *periculum in mora* ou, noutras palavras, 'elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo' (art. 300). Incabível, pois, a discussão havida à luz do Código de Processo Civil de 1973 quanto à propalada diferença de intensidade entre o *fumus boni iuris* exigido para cautelar e a prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação.⁷⁶

Deste modo, escoreito o legislador processual ao conformar as tutelas antecipadas e cautelares enquanto espécie da tutela provisória fundada em urgência, resgatando a lição aqui já demonstrada de mestres processualistas, como Humberto Teodoro Júnior, que identificaram esta similitude há tempos.⁷⁷

3.2.2.1. *FUMUS BONI IURIS*

O *fumus boni iuris*, a “fumaça do bom direito”, ou ainda a probabilidade do direito, nada mais é do que a razoabilidade de que tal direito exista e albergue aquele que o reclama.⁷⁸

Sob a ótica de Didier, a probabilidade do direito se configura na “plausibilidade de existência desse mesmo direito”. É preciso que o juiz da causa avalie a verossimilhança das alegações, se há elementos que corroboram os fatos narrados, bem como sopesar as chances reais de sucesso do requerente.⁷⁹

Ribeiro, por sua vez, interpreta a probabilidade do direito como sinônimo de cognição sumária, sem que haja necessidade de estabelecer maiores graus de intensidade para o convencimento do julgador. Este entendimento, segundo o autor,

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. “Da tutela provisória”. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. Tereza Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 781-782.

⁷⁶Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.*, p. 192.

⁷⁷Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. *Op. cit.*, p. 32.

⁷⁸BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias de Urgência. 5. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 336.

⁷⁹Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 608.

seria pertinente tanto para a tutela de urgência cautelar antecipada quanto a cautelar.⁸⁰

Vincular a probabilidade do direito a uma “*escala de grau de convencimento*” acarreta sério risco à efetividade que se pretende obter da tutela jurisdicional. Os estudos quanto aos graus de convencimento do julgado versam sobre a mera plausibilidade de direito como suficiente para a concessão de tutela cautelar, porém exigem maior probabilidade e profundidade para que se antecipe a tutela de urgência. Tais conclusões teriam pertinência técnica e teórica, mas não possuiriam conexão com a realidade fática, pois vincular a intensidade da cognição sumária à espécie de tutela pretendida, se cautelar ou antecipada, seria equivocado.⁸¹

Independente do grau de intensidade do *fumus boni iuris* que se entenda ser exigível, a doutrina é uníssona em reconhecer que a probabilidade do direito se satisfaz quando demonstrada uma relação pertinente com os pressupostos da tutela definitiva⁸². O que é imprescindível para a concessão da tutela de urgência, tanto antecipada quanto cautelar, é que o magistrado se convença da correlação entre probabilidade e a tutela final pretendida, bem como a considerável chance de sucesso ao fim do processo.

3.2.2.2. *PERICULUM IN MORA*

Para que a tutela de urgência seja deferida, não basta apenas que seja demonstrada a probabilidade de seu pleito. É necessário identificar a presença de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que coloque em risco o resultado útil do processo, o chamado *periculum in mora*.

O perigo da demora na prestação jurisdicional por muitas vezes se mostra mais primordial para a concessão da tutela de urgência do que a demonstração de probabilidade dos fatos e do direito, tendo mais peso na equação. Esta maior atenção é compreensível, pois o risco de dano é requisito de tutela baseada em

⁸⁰Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 208.

⁸¹*Ibidem*.

⁸²BARBOSA, Andrea Carla. **Direito em expectativa**: as tutelas de urgência e evidência no projeto de novo Código de Processo Civil – Breves comentários. *Revista dos Tribunais*, v. 194.

urgência; a intensidade do perigo que se corre deve ser alçada a grau de maior destaque.⁸³

Ainda que a expressão “risco de dano ao resultado útil ao processo” utilizada pelo legislador não detenha conteúdo legal, técnico ou jurídico determinado, são entendidos como sujeitos a dano a “*efetividade da tutela do direito*”, “*a situação objeto das tutelas declaratória e (des) constitutiva*” e “*o direito que se pretende tutelar ou um direito conexo*”, conforme verifica Marinoni. Enquanto as duas primeiras hipóteses dizem respeito à tutela cautelar, a última se refere à tutela antecipada.⁸⁴

Em sintonia com este entendimento, Didier discorre que o perigo de dano exigido deve ser concreto, atual e grave. Primeiramente deve ser reconhecido enquanto concreto - certo - afastando mero temor subjetivo ou hipotético daquele que o alega. É necessário que seja iminente (atual), ou que já esteja ocorrendo. Por fim, sua extensão deve ser grave para justificar a concessão da tutela de urgência, de modo que haja impedimento ou prejuízo à fruição do direito.⁸⁵

Quanto à natureza do dano, ele será irreparável ou de difícil reparação. A expressão “dano irreparável ou de difícil reparação” era registrada no art. 473, I, do CPC/73, porém não foi repetida no diploma sucessor. Independentemente de sua ausência no novel código, sua pertinência se mantém, sendo entendido como irreparável o dano cujas consequência não se podem mais reverter, e de difícil reparação aquele que tem baixa probabilidade de ser ressarcido, seja pela iliquidez do requerido ou pela própria natureza de difícil individualização ou quantificação.⁸⁶

Mitidiero alerta que, não obstante a redação dada pelo legislador ao art. 300, o risco de dano pode ser, por vezes, mitigado, do mesmo modo que a tutela de urgência não servirá em todos os casos para resguardar o resultado útil do processo. Exemplo disso é a tutela de urgência cautelar, ferramenta para a conservação do próprio direito material, que para ser concedida basta referenciar o perigo na demora, consubstanciado no risco ao resultado útil do processo, conforme previsão do art. 300 do CPC/15.⁸⁷

⁸³WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. *Op. cit.*, p. 128

⁸⁴Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 127.

⁸⁵Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 610.

⁸⁶ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. *Op. cit.*, p. 31-32.

⁸⁷MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. *Op. cit.*, p. 783.

Na esteira de tal interpretação, a justificativa para a concessão da tutela de urgência não será em todos os casos a presença de dano ou risco ao resultado útil do processo. Ocorre que, a depender da espécie de tutela que se pretende antecipar - se inibitória, reintegratória ou ressarcitória - o prejuízo temido pode ser decorrente de ato ilícito.⁸⁸

Devido a suas características de oposição a práticas ilícitas ainda não cometidas, continuadas ou repetidas, as tutelas inibitória e reintegratória não se ligam ao impedimento de um dano, mas ao próprio ilícito. Não é necessário que a prática do ilícito resulte em dano, risco ou demora, bastando apenas que haja demonstração do risco de que o ilícito ocorra, sendo descartada também culpa ou dolo (art. 497, parágrafo único).⁸⁹

Quanto à tutela ressarcitória, o perigo de dano pode, ainda, ser em face de direito conexo à tutela final, como bem destaca Marinoni. A tutela provisória, nessas situações, se presta à reparação imediata do prejuízo experimentado pela parte e para evitar novos danos em relação ao direito conexo, a exemplo da hipótese de pagamento adiantado de indenização pecuniária a indivíduo vítima de acidente automobilístico que, devido ao infortúnio, não é mais capaz de prover seu próprio sustento. A reparação aqui não tem caráter patrimonial. Somente se presta a coibir dano a direito conexo, a exemplo do direito à saúde, dentre outros essenciais à preservação da dignidade humana.⁹⁰

Um último apontamento pertinente quanto aos requisitos legais da concessão da tutela provisória fundada em urgência se refere à sua aplicação na realidade fática.

Ainda que a lei determine a presença conjunta destes dois elementos, a prática cotidiana forense e dos tribunais tem demonstrado que a tutela de urgência se permite conceder com apenas a constatação de risco ou probabilidade. Não poucas vezes são antecipadas tutelas diante da extrema urgência que se revela, mesmo ausente de probabilidade do direito. De acordo com Eduardo José da Fonseca Costa, se forte o *fumus boni iuris*, relegado será o *periculum in mora*, sendo a recíproca verdadeira. A prática confere aos elementos do perigo da demora e da

⁸⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 101.

⁸⁹ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 612.

⁹⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 130.

probabilidade do direito o que Costa denomina de permutabilidade livre, o que permite a concessão da tutela provisória quando apenas um dos requisitos se faz presente, bem como confere a eles distintos níveis de profundidade, a depender do caso concreto.⁹¹

Seriam, nesta perspectiva, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* elementos maleáveis que se moldam de acordo com a casuística, “*sem absolutismo e fixidez dimensional*”.⁹²

3.2.3. FUNGIBILIDADE ENTRE AS ESPÉCIES DE TUTELA DE URGÊNCIA

A fungibilidade é princípio intimamente ligado à matéria de recursos, e é previsto nos artigos 1.032 e 1.033, do CPC/15. Em verdade, tal princípio aproveita a todo o sistema processual. No intuito do máximo aproveitamento dos atos processuais e preservação do próprio processo, é admissível determinado ato, mesmo sendo outro o cabível e mais eficaz, se restar dúvida de qual seria o devidamente adequado ao caso concreto. Sobre isto, Wambier e Talamini assim dispõem:

Parece estar-se aqui diante de tendência irreversível, que é a de se considerar o princípio da fungibilidade como princípio do processo, descendente direto do princípio da instrumentalidade das formas, extremamente relevante para o jurista que tem uma visão pragmática do direito⁹³.

No que diz respeito às tutelas de urgências, a fungibilidade é prevista no art. 305, parágrafo único, onde se lê que “*caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303*”.⁹⁴

Interpretando o magistrado que o pedido de tutela cautelar proposto pela parte foi formulado equivocadamente, ser, em verdade, caso de tutela antecipada, deverá ele se atentar ao dispositivo legal concernente à matéria. Ou seja, ocorrerá em juízo

⁹¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Tutela de evidência o Projeto de novo CPC. *Op. cit.*, p. 16.

⁹² Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 607.

⁹³ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 87.

⁹⁴ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional. *Op. cit.*, p.462-463.

a fungibilidade entre as duas espécies de tutela, prevalecendo aquela pertinente ao caso concreto. Sobre isto, Marinoni afirma:

A previsão da fungibilidade encontra-se textualmente restrita às hipóteses de tutelas provisórias requeridas de forma antecedente (art. 305, parágrafo único). Porém, é evidente que o legislador permite ampla fungibilidade entre as "tutelas provisórias"⁹⁵.

A fungibilidade tem o propósito de maximizar o aproveitamento dos atos processuais praticados, tendo relação direta com a economia processual e a duração razoável do processo, garantias estas também perseguidas pela própria tutela provisória. Assim, independentemente de requerida incidental ou antecipadamente, a tutela de urgência poderá sofrer alteração no caso concreto, vindo a ser concedida aquela mais proveitosa.⁹⁶

Note-se, então, que a doutrina não se limita a uma interpretação literal da letra da lei, entendendo ser possível também a fungibilidade entre pedido de tutela antecedente para cautelar, independentemente de seu caráter antecedente ou incidental.⁹⁷

Na esteira de uma interpretação baseada nos princípios da economia processual e duração razoável do processo é possível também vislumbrar uma ampliação da fungibilidade da tutela provisória, pois sendo o Código de Processo Civil mais favorável a decisões de mérito em detrimento daquelas meramente processuais, a fungibilidade entre os gêneros de tutela antecipada é situação a se considerar, conforme ponderado por Marinoni.⁹⁸

3.2.4. TUTELA DE URGÊNCIA EM FACE DO PODER PÚBLICO

Ainda que tenha representado avanço notável quanto ao tratamento da tutela provisória no Direito brasileiro, o CPC/15 não foi de todo inovador neste quesito. Um aspecto já previsto pelo diploma de 1973 foi mantido pelo novo código processual: o cabimento de tutela provisória requerida em face da Fazenda Pública.⁹⁹

⁹⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 213.

⁹⁶ LIVONESI, André Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**: a tutela cautelar e a tutela antecipada do art. 273 do CPC, *Dialética* 28/9.

⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. *Op. cit.*, p. 624-625.

⁹⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 213.

⁹⁹ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.*, p. 215.

Tal previsão está contida no art. 1.059 do CPC/15, disposição final que delega o tratamento da tutela provisória contra a Fazenda Pública aos ditames dos artigos 1º a 4º da Lei nº 8.437/92, e ao art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009, havendo nesta temática, ainda, a o tratamento da Lei nº 9.494/1997.¹⁰⁰

Ocorre que há autores que interpretam que a tratativa dada representa limitação da tutela provisória diante do Poder Público. Os dispositivos trazidos à baila formam mecanismos que impedem diversas hipóteses de concessão de liminares contra a Fazenda Pública. Sobre este intuito limitador, Ribeiro versa que:

Trata-se de verdadeiro 'escudo legislativo', repleto de restrições à tutela provisória contra o Poder Público. A Lei 8.437/1992 refere-se à tutela cautelar, a lei 9.494/1997 versa sobre a tutela antecipada em processo de conhecimento, e a Lei 12.016/2009 diz respeito à liminar no mandado de segurança¹⁰¹.

Conjugadas, as leis supramencionadas formam, nas palavras de Ribeiro “*um microssistema legal bastante incentivo, para não dizer impeditivo*” que blinda a aplicação da tutela provisória em demandas propostas em face do Poder Público, permitindo-a em situações extraordinárias.¹⁰²

Sustenta-se que esta limitação à incidência da tutela provisória contra a Fazenda Pública era a necessidade de “*sentença judiciária*”, transitada em julgado, e, portanto, vencido o duplo grau de jurisdição. Entretanto, há de se considerar as consequências diretas que este engessamento acarreta, principalmente no que tange possíveis afrontas ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.¹⁰³

Entretanto, há discussão em relação a tal restrição, havendo doutrinadores que não a enxergam necessariamente como negativa, ou mesmo encaram como a perda de oportunidade que o legislador processual do CPC/15 teve para alterar o cenário vigente. Conforme sustentam Wambier e Talamini:

(...) a própria Lei 9.494, de 10.09.1997, que se destinou a impor limites à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, serviu para confirmar a possibilidade da tutela antecipada contra o Poder Público. Apenas aquilo que é possível pode ser limitado.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 216.

¹⁰¹ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Temas essenciais do novo CPC. Op. cit.*, p. 215.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 465.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

O que se observa, portanto, é que, independentemente da discussão levantada no campo doutrinário, é fato notório que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 deixou escapar a oportunidade de encerrar a controvérsia, em vez de apenas confirmá-la. Deixou-se de aprimorar e ampliar a técnica de concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública.

4. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Dentre as inovações operadas pelo Código de Processo Civil de 2015 até aqui expostas e estudadas, o instituto de maior destaque, e que tem provocado debates doutrinários com maior frequência e vigor, ficou a cargo da estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente.

Ainda que introduzida somente com o advento do novel diploma processual, a matéria da estabilização da tutela era reivindicada há tempos pelos processualistas nacionais. Mitidiero¹⁰⁵ faz alusão aos processualistas de visão aguçada que outrora propuseram a adoção da estabilização da tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro, tais como Ada Pellegrini Grinover¹⁰⁶, José Roberto dos Santos Bedaque¹⁰⁷ e Ovídio Baptista da Silva.¹⁰⁸

Os citados doutrinadores, que propuseram inovação que seria bem-vinda apenas em 2015, inspiravam-se em institutos do direito estrangeiro, mais especificamente nos procedimentos *de référé* e *surrequête* franceses e o *provvedimenti d'urgenza*, com sua *strumentalitá attenuata*, oriundo da Itália. Estes institutos são de influência determinante na estabilização da tutela antecipada tal como empregada no Brasil.¹⁰⁹

Didier reconhece paralelos entre a estabilização da tutela e a técnica monitoria, considerando a primeira espécie da segunda e desenvolvida para “*situações de urgência e para tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de*

¹⁰⁵ Cf. MITIDIERO, Daniel. “Da tutela provisória”. *Op. cit.*, p. 788.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Proposta de Alteração ao Código de Processo Civil. Justificativa”, *Revista dos Tribunais*, n. 86, v.22, abr./jun./1997, p.191-195, e **Tutela Jurisdicional Diferenciada: a Antecipação e sua Estabilização**, *Revista dos Tribunais*, n. 121, v.30, mar./2005, p.11-37.

¹⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (org.), São Paulo: DPJ, 2005, p.660-683.

¹⁰⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. **O Contraditório nas Ações Sumárias**: Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 254-255.

¹⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. *Op. cit.*, p. 789.

*resultados práticos a partir da inércia do réu*¹¹⁰. Talamini igualmente observou a derivação direta que a estabilização da tutela antecipada tem com a técnica da ação monitoria do antigo código processual.¹¹¹

A ação monitoria era medida prevista no Código de Processo Civil de 1973 como procedimento especial nos artigos 1.101-A e seguintes (correspondente ao art. 700, do CPC/15). De forma concisa, é possível esquematizar a técnica de monitorização como sendo a medida judicial adequada para aquele que possuísse prova documental de crédito de soma em dinheiro, ou de entrega de coisa fungível ou de coisa certa móvel, mas que não constitua título executivo. Valendo-se, então, de cognição sumária, o juiz da causa, ao examinar a prova trazida e considerar o pedido satisfatoriamente instruído, determinava a expedição de mandado para que o réu pagasse o valor ou entregasse o bem devido no prazo de quinze (15) dias¹¹². Aqui já é possível estabelecer uma primeira correlação com a tutela provisória, qual seja a utilização de cognição sumária.

Acatando o mandamento judicial e pagando tempestivamente o que seria devido, o réu se beneficiava da isenção do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, conforme art. 1.102-C, §1º, do CPC/73 (art. 701, §1º, do CPC/15). Contudo, se optasse por exercer seu direito de defesa, o réu, concomitante ao prazo para satisfação do direito do autor, podia apresentar os chamados embargos ao mandado ou embargos monitorios, previstos no art. 1.102-C, do CPC/73 (art. 702, do CPC/15). A partir da apresentação dos embargos, o mandado ficava suspenso e o procedimento passava a seguir o rito ordinário do processo comum de conhecimento. Isso significa dizer, tão somente, que, a partir dos embargos monitorios, o processo passava a contar com cognição exauriente.¹¹³

Estas características iniciais da técnica monitoria muito se assemelham aos atributos da tutela provisória tal como prevista no Código de Processo Civil de 2015. São inegáveis os pontos de convergência destas duas técnicas: a primeira vigente juntamente ao Código de 1973; e a última novidade trazida pelo novel diploma de

¹¹⁰ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 617.

¹¹¹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil**: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo brasileiro, *Revista dos Tribunais*, n. 209, 2012, p. 22 a 24.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitoria**: a ação monitoria (Lei 9.079/95. 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).

processo civil, sendo ambas concebidas e concentradas para a célere concessão de ações práticas diante da provável existência do direito do requerente, reconhecido através de utilização de cognição sumária.¹¹⁴

Em continuidade com o processamento da ação monitória, no caso de intempestividade dos embargos ao mandado, ou se rejeitados pelo juízo, a decisão inicial se convertia em título executivo judicial (art. 1.102-C, *caput* e §3º, atual art. 702, §2º, do CPC/15), seguindo o processo, então, pelo regime de cumprimento de sentença. Após isso, transformada a decisão inicial em título executivo judicial, ao réu era vedada a possibilidade de impugnar o cumprimento da sentença que se seguia, isto porque, se o título executivo surgiu através de cognição sumária (devida, por sua vez, pela inércia do réu) não havia a formação de coisa julgada.¹¹⁵ Ficava ao réu, entretanto, facultado propor nova ação autônoma, na qual poderia discutir o suposto direito do autor cristalizado no título executivo. Desta última qualidade da técnica monitória se observa que o ônus da instauração de novo processo, com cognição exauriente, era direcionado ao réu da ação monitória, a ele sendo incumbido o dever de demonstrar que o direito alegado pelo autor seria infundado¹¹⁶.

O instituto da estabilização da tutela em muito se valeu desses elementos da ação monitória, realizando, naturalmente, as adaptações e ressalvas naquilo que se mostrava necessário, sem deixar, não obstante, de manter muitos dos aspectos e procedimentos, conforme se verá em frente¹¹⁷.

4.1. CONDIÇÕES PARA A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O art. 304 do Código de Processo 2015 concentra todas as hipóteses de ocorrência estabilização da tutela provisória (antecipada), sendo seus parágrafos dedicados a elencar as consequências que a estabilização da tutela implica no processo e para as partes por ela atingidas – tanto de maneira benéfica quanto onerosa. Neste momento cabe uma breve explanação sobre o citado artigo e seu

¹¹⁴ SALVADOR, Antônio Raphael Silva. **Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹¹⁵ Cf. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 22.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 23.

¹¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação monitória**. 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2001.

conteúdo, sendo oportunamente expostas considerações acerca de cada aspecto da estabilização da tutela antecipada.¹¹⁸

Conforme o *caput*, do art. 304 do CPC/15, a estabilização decorre da ausência de recurso cabível contra a decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente¹¹⁹. A partir do *caput* do referido artigo, ao menos em uma leitura inicial, se deduz que a estabilização da tutela provisória ocorrerá apenas na espécie da tutela de urgência antecipada, requerida, ainda, em caráter antecedente. Contudo, como se verá a seguir, a própria sistemática da tutela provisória e o código processual rejeitam a interpretação literal de suas regras.¹²⁰

Perfazendo-se a inércia do demandado, o processo será declarado extinto, de acordo com o 1º do art. 304. Destaca-se que, por ser oriunda de cognição sumária, a decisão que concedeu a tutela antecipada que se estabilizou não é capaz de produzir coisa julgada (§ 6º), mas continuará, contudo, a surtir efeitos por tempo indeterminado (§ 3º), até que seja proferida nova decisão que reveja, reforme ou invalide a decisão que concedeu a tutela antecipada que se estabilizou (§2º).¹²¹

A possibilidade de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada é direito que assiste ambas as partes. Tanto réu quanto autor poderão propor tal ação dentro do prazo decadencial de dois (2) anos, contados a partir da data da ciência da decisão que extinguiu o processo no qual foi deferida a tutela antecipada, conforme previsão do § 5º do art. 304 do CPC/15¹²². Essa nova ação será de

¹¹⁸ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

¹¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. *Op. cit.*, p.674.

¹²⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 235.

¹²¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, v. 55, mar. 2015. p. 85.

¹²² Cf. MITIDIERO, Daniel. “Da tutela provisória”. *Op. cit.*, p. 789.

cognição exauriente na qual poderá ser reanalisada a matéria da tutela estabilizada e será instruída com os autos em que foi concedida a medida, que poderão ser desarquivados a pedido da parte (§ 4º do 304).¹²³

Da interpretação do art. 304 os doutrinadores nacionais extraíram a função da estabilização da tutela antecipada. Marinoni, por exemplo, identifica que a estabilização tem o papel de permitir que os efeitos da tutela sejam mantidos indefinidamente no decorrer do tempo¹²⁴. Sica, por sua vez, escreve que o objetivo de tal técnica se perfaz em tornar eventual e opcional a ação de cognição exauriente se satisfeitas as partes com a tutela que se estabilizou¹²⁵. Ribeiro, completa o raciocínio de Marinoni ao dizer que a estabilização garantirá os efeitos da tutela independentemente da continuidade de processo de cognição exaustiva.¹²⁶

Independentemente do traço que se dedique maior atenção, a estabilização da tutela antecipada se prestará a todos eles: permitir o gozo dos efeitos da tutela concedida, não obstante a passagem do tempo ou propositura de nova ação de cognição plena, que se mostra opcional às partes que se julgarem favorecidas ou prejudicadas pela estabilização.

4.1.1. INTERPRETAÇÃO DO ART. 304, CAPUT, CPC/15, E ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIAS CAPAZES DE ESTABILIZAÇÃO

A partir de uma análise literal do texto da Lei, não se observa qualquer outra hipótese de estabilização de tutela provisória além daquela prevista no art. 303¹²⁷, ou seja, a única espécie de tutela passível de estabilização será a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.¹²⁸

A distinção feita pelo legislador processual é bem quista por argutos doutrinadores, como Didier¹²⁹, que reconhece que a tutela cautelar - e sua técnica

¹²³THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. *Op. cit.*, p.675.

¹²⁴Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 232.

¹²⁵Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. *Op. cit.*, p. 87.

¹²⁶Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 224.

¹²⁷Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

¹²⁸Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 225.

¹²⁹Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 618.

conservativa - não comporta estabilização, uma vez que é adotada para a proteção do *status quo*, permitindo uma futura fruição e eficácia da tutela satisfativa definitiva, como bem lembra mestre baiano¹³⁰. Em consonância com o posicionamento defendido quanto à literalidade da lei está Heitor Vitor Mendonça Sica, que descarta a ampliação da estabilização da tutela provisória quando requerida sob argumento de evidência e, se requerida devido urgência, vedada para as espécies cautelar e antecipada incidental.¹³¹

Interessantíssimo e relevante posicionamento sobre a estabilização da tutela cautelar é o de Talamini. Já no ano de 2012 (e, portanto, antes da vigência do atual Código de Processo Civil) o renomado doutrinador previa que a estabilização da tutela de urgência seria possível para suas duas espécies, tanto antecipada quanto cautelar, sob a condição que igualmente requerida em caráter antecedente¹³². Para validar seu argumento, Talamini trouxe o seguinte exemplo:

Essa imposição será igualmente aplicável a tutela urgente antecipatória e a tutela cautelar, desde que concedidas em caráter antecedente.
Exemplificando: juiz concede liminarmente uma medida preparatória urgente sustando o protesto de um título de crédito. Não sendo ela impugnada pelo réu (o pretenso credor), o processo, depois de efetivada a medida urgente, será extinto - e a sustação permanecerá por tempo indefinido. Não haverá decisão declarando que a dívida não existe. Mas o suposto credor não poderá protestar o título. Para superar esse obstáculo, terá ele, pretenso credor, de promover uma ação comum de conhecimento, a fim de obter a declaração da existência e exigibilidade do crédito.¹³³

O que se vê após quase dois anos após o início da vigência do novel diploma processual, é que a doutrina é uníssona em dizer que a estabilização da tutela não se aplica quando a mesma é requerida em sua espécie cautelar. A técnica cautelar, por meio de sua técnica conservativa, permite o emprego de medidas que preservem o estado das coisas para efetiva e futura satisfação da tutela final pleiteada, de modo que seria incongruente estabilizar, e consequentemente prolongar os efeitos por tempo indeterminado, providência-meio para a prestação desejada em detrimento da própria.¹³⁴

¹³⁰ MITIDIERO, Daniel. **Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 63, p. 28-29.

¹³¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada "Estabilização da Tutela Antecipada". *Op. cit.*, p. 88.

¹³² Cf. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 22.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 225.

É possível, porém, teorizar que a estabilização é perfeitamente conciliável com as tutelas de urgência pedidas em caráter incidental. Conforme leciona Humberto Theodoro Júnior, não há diferença substancial que impeça a estabilização da tutela de urgência requerida no curso de um processo de cognição exauriente, porque sendo antecedente ou incidental, a tutela de urgência tem o mesmo arcabouço¹³⁵. Nesta esteira, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro destaca que a estabilização da tutela requerida incidentalmente se dará apenas quando deferida através de liminar. A ressalva é precisa, pois sendo a estabilização meio para garantir os efeitos da tutela deferida, a resistência do réu e prosseguimento do feito lhe são incompatíveis.¹³⁶

Quanto à tutela fundada em evidência, os argumentos antes suscitados são aproveitáveis. Baseada na probabilidade que se acerca do direito do autor, a estabilização da tutela de evidência é perfeitamente possível se satisfeitos os requisitos exigidos em lei, como a ausência de manifestação do réu.¹³⁷

Por fim, é importante destacar uma última consideração quanto à interpretação do art. 304, caput, do CPC/15. Marinoni tece concisa crítica à literalidade no momento da interpretação da citada regra processual. Segundo o estudioso, não há razão para que se possível a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, não seja ela também estabilizada quando pleiteada em petição inicial de ação de cognição exauriente, ou seja, juntamente com o pedido de tutela final. Admitir a estabilização apenas da tutela antecipada antecedente seria conceder exclusividade ao requerente em estado de urgência sobre benefícios oriundos da inércia do requerido. Tal situação, ainda, esvaziaria a estabilização de coerência e estimularia os autores a simular urgência e falta de provas para instruir o feito adequadamente.¹³⁸

Por ser novíssimo – ao menos no que diz respeito à sua recepção no Direito pátrio – o tema da estabilização da tutela tem provocado acirrados debates doutrinários até mesmo quanto à interpretação da letra da lei o alcance que tal instituto pode ter: se restrito à espécie da tutela antecipada antecedente, ou se

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **A autonomização e estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC**. *Revista dos Tribunais*, v. 206. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, abr. 202. p. 13.

¹³⁶ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 226.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 235.

possível sua aplicação nas demais modalidades da tutela provisória (de evidência, de urgência cautelar e antecipada incidental), sendo prudente, a princípio, limitar-se a uma interpretação literal do artigo 304, *caput*, ainda que possível e provavelmente a interpretação doutrinária e jurisprudencial da lei futuramente permitirá a estabilização das mais variáveis modalidades de tutela provisória, a excluir com razão a tutela cautelar, pois esta é incompatível com a estabilização, ante sua natureza conservativa.

4.1.2. PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR PELA ESTABILIZAÇÃO

Como já visto, a estabilização da tutela se dá nos moldes do art. 303, do CPC/15, ou seja, ocorrerá sobre tutela antecipada de urgência de caráter antecedente.

Para tanto é necessária a leitura conjunta dos artigos 303 e 304 – que prevêm a tutela antecipada e sua estabilização, respectivamente. O *caput* do art. 303 permite ao requerente formular pedido da tutela antecipada juntamente com indicação do pedido de tutela final ou apresentar o pedido de antecipação em conjunto com indicação da tutela final querida. Trata-se de faculdade do autor.¹³⁹

O § 5º do art. 303, por sua vez, determina que o autor da demanda deve expressamente informar se quer se valer do benefício (nas palavras do próprio código) que lhe assiste no *caput* do artigo. Isso significa dizer que o autor deve informar que está requerendo tutela antecipada antecedente, de maneira que irá pedi-la e apenas indicar a pretensão de tutela final ou se pretende a tutela antecipada concomitantemente ao pedido da tutela final¹⁴⁰. Ao requerer expressamente a tutela antecipada antecedente, o autor está, então, requerendo sua estabilização, já que como visto o art. 304, *caput*, a permite somente nesta hipótese.¹⁴¹

A interpretação conjunta dos artigos se mostra correta. Sendo benéficos ao autor, a tutela satisfativa antecedente e sua estabilização não podem ser a ele impostas. A parte pode muito bem considerar dar prosseguimento à demanda, por

¹³⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁴⁰ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 618.

¹⁴¹ *Idem*, p. 619.

entender que a eventual conquista de decisão favorável revestida de coisa julgada lhe é mais proveitosa, do mesmo modo que se quiser o autor é livre para se sujeitar aos riscos oferecidos por processo de cognição exauriente. Como bem aponta Heitor Vitor Mendonça Sica¹⁴², impor a estabilização da tutela ao requerente é clara violação ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, que como já visto é o que se pretende propiciar através das tutelas jurisdicionais.

Marinoni possui entendimento diverso do até o momento exposto. O ilustre professor entende que inexistente a necessidade de pedido categórico da estabilização da tutela. Para o mestre, a estabilização é consequência inerente da tutela antecipada antecedente concedida e não contestada pela parte contrária¹⁴³. Vale mencionar novamente agora o entendimento de Marinoni já destacado no item anterior de que a estabilização pode se operar também sobre tutela antecipada pedida juntamente com a petição inicial, admitindo porém que para se estabilizar a tutela deve ser deferida liminarmente, convergendo aqui como entendimento dos demais doutrinadores.¹⁴⁴

Portanto, ainda é discutível se a estabilização deve ser taxativamente pedida pela parte autora, ou se havendo o deferimento da tutela antecipada sem que haja seguido de manifestação contrária da parte ré a estabilização se fará de modo automático, beneficiando-se, o autor, desde já de seus efeitos virtualmente perenes.

4.1.3. DECISÃO QUE CONCEDE A TUTELA ANTECIPADA

Para que haja a estabilização da tutela antecipada é preciso que tenha havido primeiramente decisão que a concedeu.

Como bem lembrado por Didier, unicamente as decisões positivas são suscetíveis a estabilização, não havendo diferenciação entre as proferidas em juízo de primeira instância das exaradas - monocráticas ou colegiadas - em sede de recurso de agravo de instrumento interposto em face de decisão de primeiro grau que negou a tutela provisória pretendida.¹⁴⁵

¹⁴² SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. *Op. cit.*, p. 89.

¹⁴³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 236.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 235.

¹⁴⁵ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 620.

O ponto nevrálgico quanto as decisões concessivas de tutela antecipada repousa naquelas que concedem parcialmente os pedidos formulados. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier não veem oposição para que se impeça a estabilização de decisão que concede parcialmente a tutela antecipada.

Fredie Didier destaca que a decisão parcialmente concessiva da tutela estabilizar-se-á justamente no que concerne aquilo que ao autor foi concedido. Quanto aos demais pedidos, o litígio persistirá em sua discussão¹⁴⁶. Complementar ao que expõe o jurista baiano está o posicionamento de Marinoni de que ao ser estabilizada parcela da tutela antecipada, não será o processo por isso declarado extinto totalmente. Admitir a extinção do processo seria retirar do autor a prerrogativa de ter o processo levado adiante em cognição exauriente para ter seus direitos inicialmente negados reconhecidos. O processo deve ser parcialmente extinto, sem embargo à disposição do §1º do art. 304, CPC/15.¹⁴⁷

Nesse mesmo sentido pondera Sica. Havendo o deferimento parcial da tutela antecipada, será o processo extinto em parte e consequentemente reduzido o objeto de análise do julgamento de cognição exaustiva. O autor destaca a possibilidade de a continuidade do feito ter desfecho desfavorável ao autor ao declarar improcedente seu pleito – mais especificamente aquilo que restou. Uma decisão final que julgue improcedente os pedidos da parte pode, aparentemente, representar contradição ao ser confrontada com a decisão estabilizada que concedeu a tutela antecipada, mas se tratará de contradição lógica e não jurídica, isso porque, como bem lembra Marinoni “a estabilização é da tutela de direito concedida e não do direito que foi suposto para concedê-la”¹⁴⁸. Ademais, esta situação de aparente incongruência já é prevista pelo Direito, pois é o risco inerente a que se abre margem ao possibilitar a ocorrência de processos simultâneos¹⁴⁹.

Insta destacar que os posicionamentos acima elencados foram todos formulados em hipóteses de concessão e indeferimento de pedidos cumulados. No que se refere pedidos sucessivos o deferimento da tutela antecipada pode ser mais problemático. Exemplo disso é o autor que formula pedido principal de imissão

¹⁴⁶Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 621.

¹⁴⁷Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 236-237.

¹⁴⁸*Idem*, p. 239.

¹⁴⁹Exemplo dado por: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. *Op. cit.*, p. 89.

provisória de posse de imóvel e, subsidiariamente, que seja o réu obrigado à reconstrução de imóvel demolido. Há então decisão em que o juiz concede o pedido secundário e persiste o processo em cognição exauriente para aferição do pedido principal, que ao final se mostra improcedente, não havendo o autor direito sobre o imóvel reclamado. Neste cenário hipotético estaria prejudicada a tutela provisória parcialmente concedida, pois inexistente o direito do autor, e sua antecipação e estabilização representariam dano ao requerido¹⁵⁰.

A realidade mais uma vez se mostrou mais abrangente e rica em cenários possíveis do que a imaginação do legislador foi capaz de prever. A concessão parcial da tutela provisória é perfeitamente possível, assim como sua estabilização. O que se vê é que a tutela antecipada parcial por vezes representará risco ao réu. Contudo vale lembrar que o mesmo legislador que não previu (e nem poderia) todos os cenários possíveis se preveniu destes eventuais riscos ao estabelecer que a tutela antecipada não será concedida diante de efeitos irreversíveis (art. 300, §3º, CPC/15) e que o autor responde aos prejuízos causados ao réu quando a sentença lhe ser desfavorável (art. 302, I, CPC/15).¹⁵¹

4.1.3.1. CONCESSÃO INAUDITA ALTERA PARTE

Há significativa controvérsia quanto às decisões proferidas em caráter liminar. Didier sustenta a desnecessidade de a tutela antecipada ser deferida liminarmente para estabilizar-se. Desse modo, as decisões proferidas que demandaram justificação prévia (a redação do art. 300, §3º explicita que a justificação prévia é prerrogativa do juízo, que se entende-la por necessária, a exigirá)¹⁵² são capazes também de estabilizar-se.¹⁵³

¹⁵⁰ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. *O p. cit.*, p. 89.

¹⁵¹ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

(...)

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

¹⁵² Art. 300, §2º, CPC/15: A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

(...)

Em sentido contrário pensa Sica, que por meio de interpretação literal do art. 304, *caput*, não admite estabilização de tutela antecipada que não tenha sido deferida liminarmente, já que o artigo referido explicita que será estabilizável somente a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecipado.¹⁵⁴

Ribeiro e Marinoni partilham do entendimento de Sica, ainda que não partilham com este a simpatia pela literalidade no momento da interpretação do art. 304, CPC/15. Conforme já exposto, Ribeiro¹⁵⁵ e Marinoni¹⁵⁶ defendem a possibilidade da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter incidental, fazendo a ressalva de que somente quando concedida liminarmente.

A justificativa para que haver a estabilização da tutela antecipada seja necessária sua concessão *inaudita altera parte* concerne à própria lógica do instituto. Pensada para extinguir o processo logo em seu início com a fruição dos efeitos da decisão e sem oposição do réu, a estabilização não resiste ao prosseguimento o feito.¹⁵⁷

4.1.4. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA

O *caput* do art. 304 prevê claramente que a estabilização da tutela antecipada ocorre, precipuamente, quando “*da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*”. Deixando o réu de apresentar oposição, dará azo para que a tutela se estabilize e o processo seja declarado extinto, conforme §1º do referido artigo.

Primeiramente, vale destacar que o réu, por vezes, pode não ter real interesse em impugnar a decisão simplesmente por considerar que a decisão também lhe é favorável. A estabilização da tutela antecipada acarreta a diminuição das custas do processo. Não havendo resistência, e por analogia do art. 701, *caput* e §1º, CPC/15, o réu pagará apenas 5% de honorários de sucumbência e fica isento do pagamento

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

¹⁵³ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 620.

¹⁵⁴ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁵ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 226.

¹⁵⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 235.

¹⁵⁷ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 226.

das custas processuais, respectivamente. Daí a importância de antes de se analisar a ausência de manifestação da parte ré verificar suas possíveis justificativas.¹⁵⁸

A partir de uma breve análise se pode concluir que o respectivo recurso ao qual a lei faz menção é o agravo de instrumento, isto porque é ele a espécie recursal cabível contra decisões que versem sobre tutela provisória, segundo o próprio código processual¹⁵⁹. O raciocínio, ainda que correto, não esgota o tema. O agravo de instrumento será possível apenas contra decisões de primeiro grau, sendo oponível aos julgamentos em segunda instância o agravo interno, se decisão monocrática (art. 1.021, CPC/15), e recurso especial ou extraordinário em se tratando de decisão colegiada.¹⁶⁰

Vale destacar que vasta doutrina entende que não se faz necessário apresentar o recurso cabível propriamente dito. Basta que o réu demonstre resistência à decisão; qualquer forma de oposição será suficiente para impedir a extinção do feito e, conseqüentemente, a estabilização da tutela antecipada, a exemplo: a contestação, a reconvenção¹⁶¹, a reclamação e *a suspensão de decisão contrária ao Poder Público e entes congêneres*.¹⁶²

Neste sentido Marinoni alerta para o que ele denomina como “*generalização do significado da inércia do demandado*”. Segundo o autor, não será toda situação de inércia do réu que significará seu desinteresse e conseqüente anuência à tutela como decidida. Deve ser interpretada como sinal de inconformismo qualquer manifestação da parte contrária diante da decisão que deferiu a tutela provisória, seja agravo de instrumento ou não, dando, assim, prosseguimento do feito e obrigando o autor a se desincumbir de seu ônus probatórios.¹⁶³

Corroborando com tais entendimentos está Didier ao demonstrar que, ainda que fazendo referência expressa somente à interposição de recurso, o art. 304

¹⁵⁸Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 620.

¹⁵⁹Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias;

¹⁶⁰Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁶¹Exemplos de: Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 226.

¹⁶²Exemplos de: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. *Op. cit.*, p. 91.

¹⁶³Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 234.

demanda uma inércia de maior grau do réu, que não deve se manifestar por meio algum para propiciar a estabilização da tutela provisória.¹⁶⁴

Se vê que a inércia do réu não deve ser tomada de maneira geral, sendo necessário reconhecer como resistência à tutela provisória concedida - e consequentemente à sua estabilização - qualquer meio de manifestação utilizado pelo réu. Mitidiero tece valiosa lição sobre isto ao noticiar que não se valendo de agravo de instrumento o réu apresentar contestação ou, até mesmo, pedido de realização de audiência de conciliação ou mediação, já estará configurada sua resistência e impossibilidade de estabilização da tutela.¹⁶⁵

Percebe-se, pois, que a interpretação literal do art. 304 também não prevalecerá no que tange a inércia do réu. Reputar apenas ao recurso cabível contra decisão que concede a tutela provisória condão para evitar sua estabilização ensejaria uma banalização do agravo de instrumento, já que seria o único meio de evitar a estabilização da tutela¹⁶⁶. Possibilitar ao réu que qualquer manifestação de contrariedade à tutela concedida tenha força para impedir sua estabilização garante não só a conservação do recurso de agravo, mas também valoriza as demais manifestações de vontade da parte requerida.¹⁶⁷

Quanto aos limites da inércia do réu, estão descartadas as situações que a parte foi citada ou intimada hora certa ou por edital, assim como se encontrar-se preso ou considerado incapaz sem que haja representante ou que esteja em conflito com o mesmo. Todas estas hipóteses impedem a estabilização da tutela antecipada.¹⁶⁸

Por fim, com breve destaque vale mencionar que é possível a impugnação parcial da tutela antecipada. Como já estudamos, é viável a estabilização de tutela antecipada parcialmente concedida. Seguindo o mesmo raciocínio, e consoante ao próprio regime dos recursos, não se encontra óbice para admitir a impugnação parcial de decisão concessiva de tutela antecipada, restando estabilizados os pontos não controvertidos e tendo o processo continuidade naquilo que se recorreu¹⁶⁹. De

¹⁶⁴ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 621.

¹⁶⁵ Cf. MITIDIERO, Daniel. "Da tutela provisória". *Op. cit.*, p. 789.

¹⁶⁶ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 227.

¹⁶⁷ Cf. MITIDIERO, Daniel. "Da tutela provisória". *Op. cit.*, p. 789.

¹⁶⁸ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 622.

¹⁶⁹ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 29-30.

destaque também é o posicionamento de Talamini, endossado por Didier, de que nos casos onde há litisconsórcio passivo, a impugnação oferecida por um dos réus aproveita aos demais, impedindo a estabilização da tutela não só perante o recorrente, mas ao restante também, com a ressalva de que suas razões recursais não devem ser de interesse pessoal, situação esta em que servirá apenas a si.¹⁷⁰

Seja qual for o meio escolhido pelo réu ou interessado para manifestação da sua vontade – ou a amplitude de sua irresignação – a continuidade do processo estará garantida.

4.1.4.1. INÍCIO DO PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DO RÉU

Crucial para a constatação da inércia do réu é a contagem do prazo que a parte terá para se manifestar.

Para iniciar a análise do prazo recursal a favor do réu é preciso se atentar ao que dispõe o art. 303, §1º, I, do CPC/15, que prevê que após concessão da tutela o autor é intimado a aditar sua petição inicial. O réu, por sua vez, conforme inciso II do artigo será citado e intimado para comparecer em audiência de conciliação e mediação na forma do art. 334, ou seja, será intimado com ao menos vinte (20) dias de antecedência da data da audiência¹⁷¹. O inciso III do art. 303 prevê que em caso de insucesso na autocomposição das partes, o prazo para manifestação do réu será contado conforme o art. 335, também do CPC/15¹⁷², conforme leciona Didier.¹⁷³

¹⁷⁰ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 29-30.

¹⁷¹ Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

(...)

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

¹⁷² Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;

III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

Neste momento importa formular questão pertinente. Indaga-se se no momento da intimação o réu deixar de apresentar agravo, mas em seu lugar oferecer contestação, estará a tutela estabilizada e o processo passível de extinção. A resposta é não, pelos motivos antes expostos. No momento de sua intimação o réu pode interpor de agravo, mas se não o fizer e em seu lugar apresentar contestação, igualmente está impedida a estabilização da tutela antecipada¹⁷⁴. Há de se destacar que não há motivos lógicos para que seja apresentada contestação antes do aditamento da petição inicial do autor, mas se o réu assim o fizer, a contestação lhe servirá como prova de sua inconformidade.¹⁷⁵

Ribeiro bem lembra que o prazo do réu para apresentar recurso pode ser interpretado como concomitante ao prazo do autor para aditar sua petição inicial.¹⁷⁶

Humberto Theodoro Júnior, porém, tece esclarecimentos sobre a aparente incongruência dos prazos para manifestação das partes. O doutrinador demonstra claramente que os prazos para aditamento e recurso não são simultâneos, mas sucessivos. Correndo primeiro o prazo para impugnação, e após apresentado recurso será a vez do autor aditar sua inicial. Bem vale lembrar que se a inércia do réu implica a estabilização da tutela antecipada, de maneira que é lógica a necessidade de que a apresentação de recurso seja oportunizada primeiro, pois não havendo impugnação, a tutela se estabilizará e o aditamento não terá razão de ser¹⁷⁷. A ausência de aditamento do autor também causará extinção do processo e revogação da tutela tal como concedida (art. 303. §2º, CPC/15), de maneira que após ofertado recurso, o autor não aditar sua petição inicial, o réu não mais estará sujeito aos efeitos da decisão.

Humberto Theodoro Júnior, com sua didática costumeira, leciona brilhantemente a forma como os procedimentos neste momento se darão: (i) a petição inicial é apresentada requerendo tutela antecipada antecedente; (ii) é

§ 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação da decisão que homologar a desistência.

¹⁷³Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 622.

¹⁷⁴Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Op. cit.*, p. 227.

¹⁷⁵Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 234.

¹⁷⁶Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Op. cit.*, p. 228.

¹⁷⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 667.

proferido despacho concedendo a antecipação de tutela; (iii) o réu é intimado para em quinze (15) dias interpor agravo contra a decisão; (iv) em caso de haver recurso, está impedida a estabilização da tutela e o autor tem trinta (30) dias para aditar sua inicial; (v) ausente o recurso a tutela se estabiliza e o processo é extinto; apresentado aditamento da petição inicial, será designada audiência de conciliação e mediação; faltando o aditamento, o processo será extinto e a tutela que fora antecipada estará revogada.¹⁷⁸

4.2. MECANISMOS E PRAZO PARA REVISÃO

É sabido que a tutela antecipada antecedente estabilizar-se-á quando da decisão que a concede não for interposto recurso ou manifestação de contrariedade por parte do réu ou interessado, de acordo com o art. 304, *caput*, CPC/15. Uma vez estabilizada a tutela antecipada, seu o processo será declarado extinto e seus efeitos serão conservados por tempo indeterminado se a decisão que a deferiu não for revista, reformada ou invalidada por ulterior decisão de mérito, como se infere no §2º do mencionado artigo.¹⁷⁹

A nova decisão será proferida pelo mesmo juízo, agora prevento, que concedeu tutela antecipada estabilizada em ação autônoma proposta por qualquer uma das partes no prazo decadencial (portanto livre de suspensão ou interrupção¹⁸⁰) de dois (2) anos, contado a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo (art. 304, §5º).

Para a propositura da nova ação a parte interessada poderá requerer o desarquivamento dos autos no qual a medida estabilizada foi concedida, para que instrua a nova demanda. Trata-se, porém, de faculdade concedida à parte, não dever (art. 304, §4º)¹⁸¹. Sobre isto Didier faz observação de grande relevância. Sendo de papel os autos originais, a parte interessada deverá extrair sua cópia integral e autenticada, ou se a declarar autêntica será de responsabilidade pessoal do advogado. A necessidade de que os autos permaneçam em arquivo se físicos se

¹⁷⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. *Op. cit.*, p. 670.

¹⁷⁹Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional. *Op. cit.*, p.466.

¹⁸⁰Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 229.

¹⁸¹Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Temas essenciais do novo CPC. *Op. cit.*, p. 192.

justifica no caso de a parte contrária, ou mesmo o litisconsorte, pretender propor ação também, desde que fundado em pedido diverso da primeiramente proposta.¹⁸²

Como já informado, qualquer uma das partes pode propor ação para revisão da tutela estabilizada. Ao autor, por exemplo, pode interessar obter decisão que confirme a tutela deferida sob processo de cognição exauriente e força de coisa julgada, se há época do deferimento da tutela estabilizada deixou de informar sua pretensão em dar continuidade ao feito. Quanto a réu que deixou a tutela se estabilizar, por negligência ou por ter pensado lhe haver vantagem nisso, pode propor tal ação para a revisão da decisão, vislumbrando novo julgamento que dessa vez lhe seja favorável.¹⁸³

Destaca-se, por fim, que independentemente daquele que a propor, a nova ação autônoma imputará o ônus probatório ao autor da ação originária, presumidamente a parte que da estabilização da tutela antecipada se beneficiou e deixou de provar seu direito em cognição exauriente. Portanto, ainda que na qualidade de réu em segundo momento, ao autor da ação extinta será incumbido de constituir prova de seu alegado direito.¹⁸⁴

4.3. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E COISA JULGADA

Ao estabilizar-se, a tutela antecipada antecedente tem seus efeitos conservados por tempo indeterminado, de acordo com o art. 304, §3º, CPC/15. Isto não significa, porém, que fará coisa julgada, o que, em verdade, foi expressamente vedado pelo legislador processual no §6º do artigo a pouco citado.

A não formação de coisa julgada na decisão que concede tutela antecipada ora estabilizada justifica-se pela utilização de cognição sumária, superficial e carente de contraditório no momento em que é pronunciada¹⁸⁵. Não há coisa julgada também pelo motivo de que, como bem pondera Marinoni, o que se estabiliza são os efeitos da tutela antecipada, não o conteúdo da decisão concessiva da tutela. A coisa julgada se presta a tornar imutável o conteúdo decisório do julgado, de modo que não havendo reconhecimento judicial – na decisão que deferiu a tutela antecipada -

¹⁸² Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 625.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 229.

¹⁸⁵ Cf. MITIDIERO, Daniel. “Da tutela provisória”. *Op. cit.*, p. 791.

de seus direitos, o autor não pode valer-se dos efeitos da coisa julgada, ainda que transcorrido o prazo de dois anos para a propositura de ação autônoma para revisão da tutela estabilizada.¹⁸⁶

Bem é verdade que a redação do §5º do art. 304, novamente numa interpretação literal, fala apenas em revisar, reformar ou invalidar a tutela antecipada. Assim, não há o que se falar em aplicação de efeitos preclusivos da coisa julgada, porque o que se encontra terminantemente impedido é a rediscussão da tutela do direito material, não podendo mais ser reformada, retirada ou paralisados seus efeitos.¹⁸⁷

A doutrina é uníssona quanto à ausência de coisa julgada na tutela estabilizada, reconhecendo que o legislador agiu bem ao veda-la. Talamini explica que a coisa julgada é instituto processual inconciliável com decisão proferida através de cognição sumária, ainda sujeita a confirmação. Tal relação não se encontra expressamente prevista em qualquer diploma legal, mas pode ser extraída da Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, que garante o devido processo legal aos cidadãos brasileiros, uma vez que coisa julgada não se extrai de qualquer ato jurisdicional, mas somente daqueles que sempre pressupõem oitiva das partes e cognição exaustiva por parte do julgador.¹⁸⁸

Por óbvio, decisões sumárias não são incompatíveis com o sistema jurídico pátrio e as garantias constitucionais do processo legal. Contudo, ao fazer opção por um julgamento mais célere, o autor está ciente de dos ônus decorrentes da sua renúncia de uma investigação aprofundada que a cognição exauriente possibilita. O autor, então, faz a escolha de uma decisão imediata com efeitos instantâneos, mas que não será capaz de se tornar pronunciamento definitivo e irrevogável.¹⁸⁹

A ausência de coisa julgada na decisão que concedeu a tutela antecipada ora estabilizada traz consequência merecedora de destaque. Em uma situação hipotética na qual estabilizou-se a tutela e nenhuma das partes propôs ação autônoma para revê-la dentro do prazo legal de dois anos, é possível que autor ou réu proponha nova demanda de cognição exauriente referente ao mesmo bem da vida objeto do litígio anterior, pois inexistente coisa julgada na demanda que

¹⁸⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 244.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 246.

¹⁸⁸ Cf. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 28.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

primeiramente decidiu acerca. Para tanto, contudo, é preciso que se verifique os prazos prescricionais e decadenciais pertinentes ao caso concreto, pois a estabilização da tutela não os susta¹⁹⁰.

Marinoni também enxerga que, mesmo após o escoamento do prazo de dois anos para revisão da decisão que concedeu a tutela antecipada, será possível discutir o direito suposto pela tutela antecipada através de ação própria. O autor explica que não se atribui qualquer efeito preclusivo da coisa julgada à estabilização, de maneira que qualquer um dos demandados pode ensejar nova discussão em processo autônomo que não seja para revisão ou invalidação da tutela antecipada. Isto significa dizer que uma determinada questão *“enquanto prejudicial à concessão da tutela não só pode voltar a ser analisada enquanto pedido ou mesmo como questão prejudicial à formulação de pedido em ação de cognição exauriente”*, do mesmo modo que é capaz de ensejar decisão inversa ou contrária sem que isso configure afronta à coisa julgada, que, em verdade, inexistente.¹⁹¹

De olhares cautelosos perante a relação da coisa julgada e a estabilização da tutela antecipada está Mitidiero. O estudioso alerta sobre a formação de coisa julgada após decurso do prazo de legal para revisão da tutela estabilizada. Tal ressalva é feita porque uma decisão fundada em cognição sumária não pode equiparar-se a julgamento onde houve aprofundada investigação, busca da verdade processual e ouvidas ambas as partes. Este cenário seria completa afronta aos princípios constitucionais da segurança jurídica e devido processo legal, chegando até mesmo a colocar em risco a função do próprio Direito Processual dentro da Estado Constitucional¹⁹².

Mitidiero admite que esgotados os dois anos para propositura de ação autônoma, ainda haverá a possibilidade de judicialização de nova demanda até que se esgotem os prazos de direito material – a saber da prescrição, decadência e *supressio* – que atuam sobre a esfera jurídica das partes e finalmente impeçam o nascimento de novo litígio, estando de acordo com aquilo que lecionam os demais mestres aqui citados¹⁹³.

¹⁹⁰ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. *Op. cit.*, p. 229.

¹⁹¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 234.

¹⁹² MITIDIERO, Daniel. **A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional**. Revista eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 44, p. 71-91, set. 2015.

¹⁹³ Cf. MITIDIERO, Daniel. “Da tutela provisória”. *Op. cit.*, p. 790-791.

Este o quadro desenhado pelo legislador do novo código processual conjuntamente com as interpretações e indagações dos mais respeitados doutrinadores nacionais, se vê que a coisa julgada foi acertadamente afastada da estabilização da tutela antecipada antecedente, pois incompatível com a decisão de cognição sumária e pendente de confirmação que a concede. Entretanto, as hipóteses fáticas que se apresentam aos estudiosos e operadores do Direito se mostram mais complexas do que o legislador foi capaz de prever, cabendo à mais acertada doutrina zelar pela melhor interpretação da Lei e manutenção do próprio sistema jurídico brasileiro.

5. CONCLUSÃO

De grande destaque na sistemática do Processo Civil, a tutela antecipada foi inaugurada há mais de vinte anos pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, e recebeu nova abordagem no Código de Processo Civil de 2015, tornando-se espécie dentro do gênero da tutela de urgência, que por sua vez é abrangida pelo instituto da Tutela Provisória, que comporta também a tutela de evidência.

A agora chamada Tutela Provisória compreende, então, a tutela de evidência e a tutela de urgência, que pode ser antecipada ou cautelar, ambas viáveis de serem requeridas em caráter antecedente ou incidental. Dentro da espécie da tutela de urgência antecipada antecedente, através do Código Processual de 2015, há a possibilidade da estabilização da tutela, fenômeno este de inspiração dos códigos processuais francês e italiano, com seus *référé*, *surrequête* e *provvedimenti d'urgenza* e *strumentalitá attenuata*, respectivamente. A estabilização, entretanto, já possuía instituto ancestral no processo civil nacional: a ação monitória.

Ainda prevista pelo novo Código de Processo em seu art. 700 e seguintes, a ação monitória trazia (e ainda conserva) características que foram herdadas pela tutela provisória antecipada e sua capacidade de estabilização. Exemplo disso é que a estabilização decorre da ausência de impugnação da parte ré ou interessado diante da decisão que concede a tutela antecipada, tal como se não houver pagamento tempestivo da dívida ou não forem opostos embargos à decisão contida na ação monitória, que se tornará título executivo judicial (art. 701, §2º), podendo ser então executado desde já.

Ainda que não premeditada para garantir execução, a estabilização permite a eficácia atemporal dos efeitos oriundos da antecipação da tutela, sem que isso seja impedido por eventual ação que pretenda revisar, reformar ou invalidar a decisão que concedeu a tutela antecipada. Estando as partes satisfeitas com o resultado do processo, seus efeitos perdurarão *ad aeternum*, ainda que a decisão que a motiva seja incapaz de produzir coisa julgada, pois proveniente cognição sumária, ou seja, rasa e carente de confirmação.

O que se percebe é que o novo tratamento dispensado à Tutela Provisória (antiga tutela antecipada) tornou sua disciplina mais organizada e lógica, estabelecendo necessária dicotomia – tutela de urgência e tutela de evidência – e superando antiga dificuldade enfrentada pelos operadores do direito de distinguir

tutelas cautelares e antecipadas, pois agora ambas são compreendidas pela mesma espécie de tutela de urgência.

O instituto da estabilização da tutela, como já dito, guarda traços comuns com a ação monitória, o que, contudo, não deixou sua aplicação e interpretação menos discutível. Desde a interpretação do artigo que a prevê (art. 304, *caput*, CPC/15), que rigorosamente só se aplicaria à tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a estabilização incita discussão. Ainda que alguns autores justifiquem seu posicionamento quanto à literalidade do artigo, não há razão para não aplicar a estabilização em outras modalidades de tutela provisória, como a tutela antecipada incidental, desde que concedida em decisão liminar, sendo a mesma lógica aplicável à tutela de evidência. Apenas à tutela cautelar se deve fazer ressalva, já que, por sua natureza conservativa, sua estabilização impossibilitaria a tutela satisfativa final e consequentemente a fruição do bem da vida pretendido, razão maior para a própria instauração de processo judicial.

Outro ponto da matéria merecedor de destaque devido sua capacidade de suscitar debate é quanto à ausência de coisa julgada da decisão que defere a tutela antecipada. Não impugnada pelo réu, a decisão que concede a tutela se estabiliza e o processo é declarado extinto, sendo a partir daí contado prazo decadencial de dois anos para que qualquer uma das partes proponha ação autônoma com ânimo de revisar, reformar ou invalidar a decisão que antecipou a tutela. Esgotado tal prazo, poderão ainda propor nova demanda de cognição exauriente, sempre atento, contudo, aos prazos prescricionais concernentes ao direito do bem da vida que se pretende litigar.

Se vê que, ainda que não haja coisa julgada, algo que foi acertadamente inserido em norma pelo legislador (art. 304, §6º), se transcorrido o prazo para a propositura da ação – que não é revisional, porque não há coisa julgada – e igualmente esgotado o prazo decadencial do direito pleiteado, estará a decisão estabilizada completamente cristalizada já que inexistente qualquer meio para revisão do julgamento. Assim, formalmente perante o Direito não haverá coisa julgada, e a parte que se beneficia dos efeitos da tutela antecipada estabilizada carecerá para sempre de confirmação da decisão, do mesmo que aquele que contra si teve a tutela estabilizada não poderá reverter-la. Assim, no plano prático das relações sociais e jurídicas a tutela se encontrará perfeitamente segura e firme.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALVES, Eliana Calmon. **Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v.11, n. 2, jul./dez. 1999. Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/informativo/article/view/347/30> Acesso em: 22 de junho de 2017.

ASSIS, Carlos Augusto de. **A antecipação da tutela (à luz da garantia constitucional do devido processo legal)**. São Paulo. Ed. Malheiros, 2001.

BARBOSA, Andrea Carla. **Direito em expectativa**: as tutelas de urgência e evidência no projeto de novo Código de Processo Civil – Breves comentários. Revista dos Tribunais, v. 194.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias de Urgência. 5. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Estabilização das tutelas de urgência**. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (org.), São Paulo: DPJ, 2005.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutela de evidência o Projeto de novo CPC: uma análise de seus pressupostos**. O futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao projeto de novo CPC. Belo Horizonte, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação monitória**. 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2001.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. **Tutelas de urgência satisfativas autônomas**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 39, v. 227, p. 141-168, jan. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, William dos Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Reflexos do tempo no direito processual civil**. Revista de Processo. vol. 153. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nov. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa. Revista de processo, n. 86, v.22, abr.-jun./1997.

_____. **Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização**, Revista de processo, n. 121, v.30, mar./2005.

LIVONESI, André Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência: a tutela cautelar e a tutela antecipada do art. 273 do CPC**, Dialética 28/9.

LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil: Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel, Tereza Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.). “Da tutela provisória”. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, p. 28-29, n. 63.

_____. **A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional.** Revista eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 44, p. 71-91, set. 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória:** tutela de urgência e de evidência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; WAMBIER, Luís Rodrigues. (coord.); ALVIM, Teresa Arruda (coord.); **Temas essenciais do novo CPC:** Análises das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. De acordo com a lei 13.256/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”.** Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, v. 55, mar. 2015.

SILVA, João Paulo Hecker da. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência nos processos societários.** Tese de doutoramento defendida em 202, USP.

SILVA, Ovídio Baptista da. **O Contraditório nas Ações Sumárias, Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

SOUZA, Artur César de. **Análise da tutela antecipada prevista no Relatório Final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC:** da tutela de evidência e da tutela satisfativa última parte. Revista de Processo, São Paulo: RT, a. 39, v. 235, set. 2014.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 209, 2012.

_____. **Tutela monitória:** a ação monitória (Lei 9.079/95. 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Tutela antecipada.** Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. Revista dos Tribunais. vol. 157. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, mar. 2008. p. 129-146.

_____. **Processo cautelar,** São Paulo: LEUD, 1976.

_____. **As liminares e a tutela de urgência.** Rio de Janeiro: Emerj, v. 5, n.17, 2002. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_24.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **A autonomização e estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC.** Revista dos Tribunais, v. 206. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, abr. 202.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. Ed. Campinas: Brookseller, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. Volume 1. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Curso avançado de processo civil:** cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). Volume 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. **As questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência.** In: BUENO, Cassio Scarpinella et. al. (coords.) Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/15. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.